

**Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung —
Tatbestand und Rechtsfolgen**

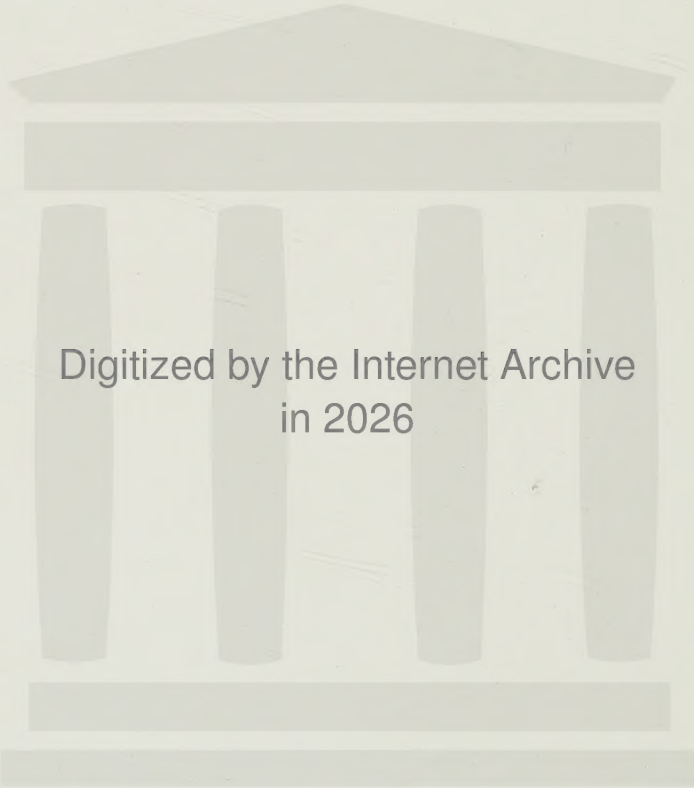
Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

GERHARD FROHBERG
aus Münster/Westf.

1979



Digitized by the Internet Archive
in 2026

**Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung —
Tatbestand und Rechtsfolgen**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

GERHARD FROHBERG
aus Münster / Westf.

1979

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Kollhoser

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Großfeld

Dekan: Prof. Dr. Battes

Tag der mündlichen Prüfung: 30. April 1979



Inhaltsübersicht

	<u>Seite</u>
A. Einführung	1
B. Die Behandlung des Problems in der Vergangenheit	4
I. Die Erfüllungsverweigerung in Rechtsprechung und Literatur bis zur Entwicklung der Staub'schen Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (1904)	4
1. Darstellung und Erläuterung der Rechtsprechung	4
2. Die Stellungnahme der Wissenschaft	16
II. Die Lösungsversuche seit den Erkenntnissen Staubs	30
1. Die Lehre Staubs von den positiven Vertragsverletzungen: Grundlagen - Rechtsfolgen - heutiger Stand	30
2. Die Lösung des Problems seit der Anerkennung der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen	36
a) Die Lösungsversuche der Rechtsprechung	36
b) Die weitere Entwicklung in der Wissenschaft	44
(1) Lösungsversuche außerhalb der pVV-Lehre	44
(2) Lösungsversuche mit Hilfe der pVV-Lehre	57
C. Die insgesamt gefundenen Lösungswege - kritische Stellungnahme	60
I. Die Lösungswege	60
II. Kritische Betrachtung dieser Lösungswege	60
1. Der Lösungsweg über den Willensbindungsgedanken	60
2. Der Lösungsweg über die Tatbestände der Unmöglichkeit	71

3. Der Lösungsweg über den Interessenweg- fall des § 326 Abs. II	74
4. Der Lösungsweg mittels der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen	76
5. Der Lösungsweg über § 326 Abs. I	82
D. Der eigene Lösungsweg	86
I. Die Erfüllungsverweigerung ab Fälligkeit der Leistung als Verzugsfall - Der Lösungs- weg der teleologischen Reduktion des § 326 Abs. I	86
1. Grundlegendes zur Lösungskonzeption	86
2. Die Entscheidungskriterien	87
a) Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen des Rechts zur Lösung vom Primärlei- stungsverhältnis beim Verzug	88
(1) Die allgemeine Entwicklung des Auflösungsrechts	89
(2) Die Entwicklung des Auflösungs- rechts im Handelsrecht	97
(3) Die Schaffung des ADHGB und BGB	100
(4) Ergebnis der rechtsgeschicht- lichen Untersuchung - Bedeutung für das vorliegende Problem	108
b) Das Recht zur Lösung des Primärlei- stungsverhältnisses im System unserer Gesamtrechtsordnung	111
(1) Das Recht zur Lösung des Primär- leistungsverhältnisses als Aus- fluß unseres freiheitlichen Staats- und Wirtschaftssystems	111
(2) Ausweitungstendenzen im einheit- lichen Kaufgesetz	117
c) Die Rechte aus § 326 Abs. I im Bedeu- tungszusammenhang der BGB-Vorschriften	121
(1) Argumentum e contrario aus den §§ 295, 326 Abs. II und 634 Abs. II?	122
(2) Das sofortige Recht zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses im Gesamtzusammenhang der Lei- stungsstörungsvorschriften	128

	<u>Seite</u>
d) Das Bedürfnis nach einer gerechten Fall- entscheidung als der nunmehr für die Reduktion entscheidende Faktor	134
II. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als positive Vertragsverletzung	137
E. Der Tatbestand der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung	144
I. Die Erscheinungsformen der Erfüllungsver- weigerung	146
II. Entscheidungshilfen zur Feststellung der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit	149
1. Umstände, die die Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit indizieren (positive Abgrenzung)	149
2. Negative Abgrenzung	151
a) Nicht eindeutige Erklärung des Schuldners	151
b) Angedeutete Konzessionsbereitschaft	152
c) Falsche Vorstellungen beim Schuld- ner	154
III. Beurteilungszeitpunkt und Beurteilungs- standpunkt	155
F. Zu den Rechtsfolgen	156
I. Besonderheiten bei den negativen Sank- tionen aus § 326 Abs. I	156
II. Positive Sanktionen	161
1. Bedürfnis für positive Sanktionen	161
2. Sicherungsmittel bei positiven Sanktionen	162
G. Einzelprobleme	165
I. Widerrufsrecht des Schuldners	165
II. Sonderfall: Die Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters	167
H. Gesamtergebnis	169

- Canaris Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1971.
- Capelle Handelsrecht, 11. Aufl., München, Berlin 1966
- Cosak Deutsches Bürgerliches Recht auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I, 2. Aufl., Jena 1899.
- Crome System des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Leipzig 1902.
- Dahm Deutsches Recht, Stuttgart, Köln 1951.
- Derburg Geschichte und Theorie der Kompensation, Neudruck der 2. Aufl., Heidelberg 1868, Aalen 1965, zitiert: Dernburg, Kompensation.
- derselbe Über das Rücktrittsrecht des Käufers wegen positiver Vertragsverletzung, DJZ 1903, S. 1 ff.
- Dölle Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht, München 1976
zitiert: Dölle-Bearb.-EKG.
- derselbe Das Bürgerliche Gesetzbuch, Fünfzigjahrfeier des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, Tübingen 1950, S. 14 ff.
- Drobnig Der Vertrag in einer plangelenkten Staatswirtschaft, JZ 1960, S. 233.
- Emmerich Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, mit Beiträgen von Volker Emmerich, Walter Gerhardt u.a., 1972
zitiert: Emmerich in Athenäum-Zivilrecht I.
- derselbe Entscheidungsrezension zu BGH NJW 1977, 580 = JZ 1977, 129 = Jus 1977, S. 548 Ziff. 2.
- Endemann Entscheidungsrezension zu RGZ 51, 347 und RGZ 52, 150 in DJZ 1903, S. 161, Ziff. 3.
- Engisch Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1959.

- Enneccerus Allgemeiner Teil des bürgerlichen
 Rechts, 15. Aufl., bearbeitet von
 H.-C. Nipperdey, 1. Band, Tübingen
 1959.
- Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preußischen Staa-
ten, nebst Motiven, Berlin 1857.
- Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württem-
berg mit Motiven, Theil II, Motive,
Stuttgart 1840.
- Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen
Staaten nebst Motiven,
Erster Theil, Entwurf, Berlin 1857.
Zweiter Theil, Motive, Berlin 1857.
- Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche
Reich, Erste Lesung, ausgearbeitet
durch die von dem Bundesrathe berufe-
ne Kommission, Amtl. Ausgabe, Berlin,
Leipzig 1888.
- Erler Bedarf es im Falle des § 326 BGB zur
Begründung des Wahlrechts zwischen
Schadensersatz wegen Nichterfüllung
und Rücktritt der Bestimmung einer
Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungs-
verweigerung des anderen Teils?,
Das Recht, 1902, 421 ff.
- Esser Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil,
Teilband 2, bearbeitet von Eike
Schmidt, 5. Aufl., Heidelberg, Karls-
ruhe 1976, zitiert: Esser-Schmidt, 2.
- Fikentscher Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin, New
York 1976.
- Flume Rechtsgeschäft und Privatautonomie,
Hundert Jahre deutsches Rechtsleben,
Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 135 ff.
- Fritz Die Erfüllungsverweigerung des Schuld-
ners, AcP 134, S. 197 ff.
- Gierke Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetz-
buches und das deutsche Recht, Leipzig
1889.
- Glaß Gefahrtragung und Haftung beim gesetz-
lichen Rücktritt, Berlin 1959.
- Goldmann u.
Lilienthal Das BGB, systematisch dargestellt,
Bd. I, 2. Aufl., Berlin 1903.
- Götz Obliegenheiten und positive Forderungs-
verletzung, Entscheidungsrezension zu
BGHZ 11, 80, Jus 1961, 56.

- | | |
|--------------------------|---|
| Gribner | Principia Jurisprudentiae Privatae
Illustrium, Erfordae et Lipsiae 1745. |
| Großkommentar der Praxis | , Handelsgesetzbuch, früher herausgegeben von Mitgliedern des Reichsgerichts, Bd. IV
2. Aufl., Berlin 1961, zitiert: RGRK-HGB,
3. Aufl., Berlin 1970, zitiert: GdP-HGB. |
| Hahn | Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, fortgesetzt von B. Mugdan, Bd. VI, Materialien zum Handelsgesetzbuch, Berlin 1897. |
| derselbe | Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881. |
| Hartmann | Die Erfüllungsverweigerung mit besonderer Berücksichtigung der positiven Vertragsverletzung, Dissertation, Breslau 1934. |
| Hedemann | Das Volksgesetzbuch als Fundament großdeutschen Rechtslebens, Berlin 1942. |
| Hellwig | Anspruch und Klagerecht, Jena 1900. |
| Himmelschein | Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, AcP 135, 255, zitiert: Himmelschein, Erfüllungszwang. |
| Hoffbauer | Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt, Halle 1793. |
| Hüffer | Der praktische Fall: Der Kieslieferungsvertrag, Jus 1970, S. 454 ff. |
| Isele | Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, in AcP 150, S. 1 ff. |
| Jakobs | Nichterfüllung und Rücktritt, Festschrift für F. A. Mann, 1. Aufl., München 1972, S. 35 - 56. |
| derselbe | Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn, 1969. |
| Jäger-Lent | Konkursordnung, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1958, 6./7. Aufl., Berlin, Leipzig 1932. |
| Kaser | Das Römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, München 1959, zitiert: Kaser, Römisches Privatrecht II. |

- VIII -

- Kipp Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen, DJZ 1903, S. 253 ff.
- Kisch Fünfzig Jahre Bürgerliches Gesetzbuch, NJW 1950, S. 1 ff.
- Klug Juristische Logik, 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1966.
- Koch Allgemeines Landrecht, Bd. I, 8. Aufl., Berlin, Leipzig o. J.
- Köpcke Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965.
- Krause Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung, Jus 1970, S. 314 ff.
- Krückmann Clausula rebus sic stantibus, AcP 116, 157.
- derselbe Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, AcP 101, S. 1 ff.
- Landfermann Die Auflösung des Vertrages nach richterlichem Ermessen als Rechtsfolge der Nichterfüllung im französischen Recht, Frankfurt, Berlin 1968.
- Lange Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, Dissertation, Tübingen 1971.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allg. Teil, 11. Aufl., München 1976, zitiert: Larenz, Schuldrecht I.
- derselbe Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York, 1969, zitiert: Methodenlehre, 2. Aufl.; 3. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1975.
- Lehmann, G. Die Ausweitung der debitorischen Verzugswirkung bei gegenseitigen Verträgen mit Rücksicht auf den Entwurf eines BGB für das deutsche Reich, Dresden 1891, zitiert: Lehmann, Verzugswirkung.
- Lehmann, Heinrich Die positiven Vertragsverletzungen, AcP 96, 60 ff.
- Lehmann-Hübner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966.

- Lent Die rechtliche Begründung der Schadensersatzansprüche nach KO §§ 17, 26, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, zitiert: Lent, Festschrift Lehmann.
- Lenzen Sind unselbständige Unterlassungsansprüche klagbar? NJW 1967, 1260.
- Leonhard Allgemeines Schuldrecht des BGB, München, Leipzig 1929.
- Leser Die Erfüllungsverweigerung, Jus privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein, Bd. II, Tübingen 1969, S. 643 ff, zitiert: Leser, Festschrift für Rheinstein.
- derselbe Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen, Tübingen 1975, zitiert: Leser, Rücktrittsrecht.
- Litthauer Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen, Kommentar, 5. Aufl., Berlin, Leipzig, 1883.
- Lutz Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I. Theil, III. Theil, IX. Teil, Würzburg 1861, 1867, 1860, zitiert: Lutz, Protokolle I, III, IX.
- Makower Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl., Berlin, Leipzig 1900.
- Medicus Bürgerliches Recht, 5. Aufl., Köln, Bonn, Berlin, München 1971.
- Mentzel/Kuhn Konkursordnung, 8. Aufl., München 1970.
- Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 5 Bände, Berlin und Leipzig 1888, zitiert: Motive BGB, Bd.
- Möring Die Fristsetzung beim Schuldnerverzug (§ 326 BGB), Dissertation, Marburg 1932.
- Mugdan Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, zitiert: Mugdan, Materialien BGB, Bd. II.

- Mugdan und Falkmann Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte aus dem Gebiet des Zivilrechts, herausgegeben von Bernhard Mugdan und R. Falkmann, Leipzig ab 1900.
- Müller Juristische Methodik, Berlin 1971.
- Nawiasky Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln, Zürich, Köln 1948, zitiert: Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre.
- Niedner Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, DJZ 1901, S. 443 ff.
- Oertmann Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 2. Buch, 5. Aufl., Berlin 1936.
- Ofner Der Urentwurf und die Beratungsprotokolle des österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, Wien 1887, 1888, zitiert: Ofner, Urentwurf.
- Paech Der Leistungsverzug, Eine Studie zum BGB, 1902. zitiert: Paech, Leistungsverzug.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 36. Aufl., München 1977.
- Planck-Siber Kommentar zum BGB, Bd. 2, 4. Aufl., Berlin 1914.
- Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationsrechts, Dresden 1863 - 1866.
- Pufendorf De jure naturae et gentium, libri octo, Tomus Primus, Francofurti et Lipsiae, 1744.
- Rabel Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Herausgeber, zitiert: Rabel, Zeitschrift.
- derselbe Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin, Leipzig 1936, Bd. II, Berlin, Tübingen 1958.
- derselbe Gesammelte Aufsätze, Arbeiten zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung 1919 - 1954, herausgegeben von H.-G. Leser, Tübingen 1967.

- Raisch Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht als Kodifikationsproblem des 19. Jahrhunderts, Stuttgart 1962, zitiert: Raisch, Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht.
- Raiser Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. I, Karlsruhe 1960, S. 101 ff, zitiert: Raiser: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit.
- Rehbein Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. II, Berlin 1903, zitiert: Rehbein BGB, Bd. II.
- Riezler venire contra factum proprium, Leipzig 1912.
- Roeske Die Rechtsnatur und die rechtliche Behandlung der Mahnung, Dissertation, Marburg 1928.
- v. Romeick Fristbestimmung, DJZ 1901, 493.
- Rosenberg-Schwab Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München 1977.
- Scherner Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, Untersuchungen zur Deutschen Privatrechtslehre der Neuzeit, Wiesbaden 1965, zitiert: Scherner, Rücktrittsrecht.
- Schneider Logik für Juristen, Die Grundlage der Denklehre und der Rechtsanwendung, 1. Aufl., München 1965.
- Schobert Erfüllungsverweigerung als Vertragsverletzung, Dissertation, Jena 1932.
- Schwarz Die Lebenskraft der Zivilgesetzbücher und ihre Revision, Rechtsgeschichte und Gegenwart, Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Karlsruhe 1960, S. 161.
- Seuffert Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (Herausgeber), Bd. II, München 1848, Bd. III, München 1851.
- derselbe Die allgemeinen Grundsätze des Obligationsrechts in dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889.

- Siebenhaar Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, Leipzig 1863.
- Soergel-Siebert Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Bd. II, Schuldrecht I, 10. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967.
- Staffel Zur Erläuterung der §§ 325, 326 BGB, AcP 92, 467.
- Staub Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, herausgegeben von J. Guttentag, Berlin 1902, S. 29 ff.
- derselbe Die positiven Vertragsverletzungen, Berlin 1904, zitiert: Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1904.
- derselbe Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, DJZ 1901, 478 ff.
- derselbe Kommentar zum HGB, Bd. II, 6. u. 7. Aufl., Berlin 1900.
- v. Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b, 11. Aufl., Berlin 1961, Teil 1 c, 10/11. Aufl., Berlin 1967.
- Stein-Jonas Kommentar zur ZPO, Bd. I, 19. Aufl., Tübingen 1972.
- Stoll Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen, AcP 136, 257 ff.
- derselbe Die Lehre von den Leistungsstörungen, Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, vorgelegt von H. Stoll, Tübingen 1936.
- Teubner Gegenseitige Vertragsuntreue, Tübingen 1975.
- Thibaut Pandektenrecht. Bd. I. 2. Aufl., Jena 1805.
- Thöl Das Handelsrecht als in Deutschland geltendes Privatrecht, Bd. 1, Göttingen 1841.
- derselbe Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands, Göttingen 1857.

- Weitnauer Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem Einheitlichen Kaufgesetz und nach geltendem deutschen Recht, Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Heidelberg 1967.
- Welzel Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs, Berlin 1958.
- Westhelle Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, Stuttgart 1978.
- Wieacker Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht, Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Bd. I, München, Berlin 1965, S. 783 ff, zitiert: Wieacker, Festschrift für H. C. Nipperdey.
- derselbe Der Kampf des 19. Jahrhunderts um die Nationalgesetzbücher, Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag, Göttingen 1969, S. 409 ff, zitiert: Wieacker, Festschrift für Felgentraeger.
- derselbe Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1952.
- Wüstendorfer Zur Methode soziologischer Rechtsfindung, Berlin 1971, zitiert: Wüstendorfer, Rechtsfindung.
- Wolff Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum, Pars Tertia, Halae Magdeburgicae, 1743.
- Zitelmann Die Selbstmahnung des Schuldners, Festgabe für Paul Krüger, Berlin 1911, S. 282 ff, zitiert: Zitelmann, Selbstmahnung.
- derselbe Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Theil, Berlin 1889.
- Zusammenstellung der gutachterlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II: Äußerungen zum Recht der Schuldverhältnisse, als Manuskript gedruckt, Neudruck der Ausgabe 1890, Osnabrück 1967.
- Zusammenstellungen der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, als Manuskript gedruckt, Neudruck der Ausgabe 1891, Osnabrück 1967.

A Einführung

Das Problem ist bereits älter als das Bürgerliche Gesetzbuch. Schon bevor ein allgemeines Zivilrecht für das gesamte Deutsche Reich kodifiziert wurde und dann am 1.1.1900 in Kraft trat, tauchte es im Handelsrecht innerhalb des schon 1861 kodifizierten Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches auf. Dieses enthielt mit den Artikeln 354, 355 und 356¹ Regelungen für zwischen Gläubiger und Schuldner auftretende Leistungsstörungen bei Handelskäufen. Der Verzug war damit zwar genau geregelt, der eigentliche klassische Fall einer Leistungsstörung², die strikte Erfüllungsverweigerung, war jedoch nicht erfaßt.

Diese Leistungsstörung kann sich in den unterschiedlichsten Verhaltensweisen des Schuldners zeigen, am deutlichsten in der ausdrücklichen Erklärung, er werde den Vertrag nicht erfüllen³, aber auch darin, daß der leistungswillige Schuldner die notwendigen Vorbereitungsmaßnahmen zur

¹ Art. 354: Wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Ware noch nicht übergeben ist, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er die Erfüllung des Vertrages und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen oder ob er statt der Erfüllung die Ware unter Beobachtung der Bestimmungen des Art. 343 für die Rechnung des Käufers verkaufen und Schadensersatz fordern, oder ob er von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Art. 355: Wenn der Verkäufer mit der Übergabe der Ware im Verzuge ist, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung verlangen, oder ob er statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen will, gleich als ob derselbe nicht geschlossen wäre.

Art. 356: Will ein Kontrahent aufgrund der Bestimmungen der vorigen Artikel statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen, so muß er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen des Geschäfts angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren.

² So bezeichnet Fikentscher, § 42 I 2 e (§ 185), die Erfüllungsverweigerung.

³ RGZ 52, 150.

Erbringung seiner Leistung nicht trifft¹. Auch die Regelungen über die Leistungsstörungen im BGB, die denen des ADHGB ähneln, erfassen diese Form der Leistungsstörung nicht expressis verbis. Allerdings muß man einräumen, daß sich für den Gläubiger durchaus die Möglichkeit bietet, nach den Verzugsvorschriften vorzugehen: Er kann den Fälligkeitszeitpunkt abwarten, die Leistung beim Schuldner anmahnen und ihm dann noch eine abschließende Frist mit der Androhung, die Annahme der Leistung nach Fristablauf abzulehnen, setzen. Somit hat er auch nach dem BGB wie schon nach dem ADHGB die Wahl, an dem Vertrag festzuhalten und weiter auf der Vertragserfüllung zu beharren, oder aber nach § 326 Abs. I² vorzugehen und vom Vertrag zurückzutreten bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Gerade die Aufhebung des Primärleistungspflichtverhältnisses steht regelmäßig im Vordergrund des Gläubigerinteresses³, da er sich möglichst schnell die gewünschte Leistung anderorts besorgen will und ihm der Weg der zwangsweisen Durchsetzung seines eigenen Erfüllungsanspruchs zu mühsam erscheint. Allerdings fällt es ihm dabei zumeist nicht ein, die für diese Verzugshaftung vom Gesetzgeber vorgesehenen Leistungsaufforderungen auszusprechen. Er wird u.U. noch den Schuldner mahnen, selten ihm aber anschließend auch noch eine Frist verbunden mit der Ablehnungserklärung i.S.d. § 326 Abs. I 1 setzen. Den Gerichten wurde daher seit Inkrafttreten des ADHGB eine Vielzahl von Fällen zur Entscheidung vorgelegt, in denen der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert, der Gläubiger jedoch nicht den vom Gesetzgeber vorgesehenen Weg über Mahnung und Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung beschritten hatte, gleichwohl aber die im Art. 354 ADHGB bzw. § 326 BGB gewährten Sekundärrechte geltend gemacht wurden.

¹RGZ 93, 287; 104, 275.
vgl. Rabel, Warenkauf I, S. 383.

²Paragraphen ohne Gesetzesangaben sind solche des BGB.

³Wie die vielen im folgenden zu behandelnden Entscheidungen zeigen, bei denen es jeweils um die Durchsetzung von Sekundäransprüchen geht.

Die vorliegende Arbeit soll die Entwicklung der Behandlung dieses Problems in der Vergangenheit darstellen, die Leistungsstörung Erfüllungsverweigerung dogmatisch in das Haftungssystem des BGB einordnen und die Kriterien für die Lösung an die Hand geben. Im Vordergrund steht dabei - wegen der größeren praktischen Bedeutung - die Frage, ob und nach welchem Haftungstatbestand dem Gläubiger ohne weiteres, d.h. ohne ihm noch weitere Obliegenheiten aufzuerlegen, das sofortige Recht zur Lösung von der Primärleistungsverpflichtung und zum Übergang auf Sekundärrechte gewährt werden kann.¹

¹Nur am Rande (Kap. F II) wird der Fall behandelt, daß der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch ausnahmsweise durchsetzen will.

B Die Behandlung des Problems in der Vergangenheit

I. Die Erfüllungsverweigerung in Rechtsprechung und Literatur bis zur Entwicklung der Staub'schen Lehre von den positiven Vertragsverletzungen (1904).¹

1. Darstellung und Erläuterung der Rechtsprechung.

Die früheste Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts zu diesem Problem aus dem Jahre 1871² behandelt eine Erfüllungsverweigerung, die bereits nach der Fälligkeit der Leistung und im Verzugsstadium erklärt wurde. Das Gericht hat diesen Fall der Leistungsstörung unter den Artikel 356 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches subsumiert. Bis auf die Fristsetzung waren hier alle Tatbestandsmerkmale, nämlich der Verzug und die Anzeige, Sekundärrechte geltend machen zu wollen, gegeben. Um auf das Tatbestandsmerkmal der Fristsetzung, die hier von dem Gläubiger nicht vorgenommen worden war, verzichten zu können, hat das Reichsoberhandelsgericht sich ausführlich mit dem Sinn und Zweck dieser Gläubigerobliegenheit auseinandergesetzt. Dieser Zweck sei darin zu sehen, daß die strengen Folgen, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt, die von nun an im Gegensatz zu den bisherigen Gesetzen in den verschiedenen Teilen Deutschlands galten, gemildert werden sollten. Diesen Zweck zeige der Gang der Beratung der Nürnberger Konferenz. Die Entscheidung verweist in diesem Zusammenhang auf die entsprechenden Protokolle³, ohne allerdings näher darauf einzugehen.

¹Obwohl Staub diese Lehre bereits im Jahre 1902 erstmals vertrat, wurde sie im Zusammenhang mit dem Problem der Erfüllungsverweigerung erst mit der Erweiterung dieser Lehre durch Staub in seiner Schrift "Die positiven Vertragsverletzungen", 1904, umfassend erörtert.

²ROHGE 3, 319 ff.

³Lutz Protokolle I, III, S. 626, 631, 632; 1400 - 1404; 1408 - 1410; 4593 - 4599; 5080, 5081.
Zu diesen Protokollen s. u. S. 100 ff.

Das Reichsoberhandelsgericht berücksichtigte damit bei der Beurteilung des Fristsetzungserfordernisses den gesetzgeberischen Willen bei der Schaffung der Leistungsstörungsvorschriften.

Das Gericht begründete weiter, dem Nichtsäumigen sei mit dem Art. 356 erstmals außer dem selbstverständlichen Recht, Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung zu begehren, auch das in dieser Allgemeinheit bisher nur in den Gebieten der französischen Gesetzgebung zuständige Recht¹ des einfachen Rücktritts, sowie das Recht des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung gewährt worden. Um aber zu verhindern, daß der Gläubiger auf Kosten des Säumigen fortspekuliere², solle der Nichtsäumige dem Säumigen anzeigen, welchen Weg er einschlagen wolle und ihm dabei durch die Fristsetzung noch die Möglichkeit geben, die Beseitigung des Verzugses durch nachträgliche Erfüllung zu ermöglichen. Letzteres sei der einzige Zweck der Fristsetzung. Diese sei damit weder eine unumgängliche Solemnität, zumal für die Fristsetzung keinerlei Form angeordnet sei, noch eine gesetzliche Voraussetzung oder Bedingung für die Befugnis des Nichtsäumigen, vom Vertrage abzugehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu beanspruchen. Die nicht begehrte Fristgewährung³ sei im Falle der Erfüllungsverweigerung untunlich und die Fristsetzung völlig überflüssig, weil nicht allein die rechtzeitige Erfüllung unterlassen, sondern die Erfüllung überhaupt nach dem erklärten Willen des Weigernden ausgeschlossen sei. Diesen einmal erklärten Willen dürfe der andere Teil als ernstlichen und definitiven ansehen und er sei nicht verpflichtet, zum eigenen Schaden dem Säumigen

¹ Gemeint ist der § 1184 des Code Civil von 1804, zum Wortlaut s. u. S. 93.

² Das Reichsoberhandelsgericht spielte damit auf das Problem des Spekulationskaufs an, nämlich auf die Frage des Zeitpunkts der Schadensberechnung. Zu diesem Problem s. u. S. 159 ff.

³ Entscheidender Unterschied des Art. 356 ADHGB zum heutigen § 326 Abs. I BGB ist, daß im ADHGB von Fristgewährung statt Fristbestimmung die Rede ist.

die Änderung seines Entschlusses zu ermöglichen¹. Indem aber vor allem auch betont wurde, die Fristsetzung solle die Möglichkeit bieten, doch noch den Vertrag zu erfüllen, trat das Reichsoberhandelsgericht den gegenteiligen Auffassungen verschiedener Appellationsgerichte, die Fristsetzung habe vornehmlich den Sinn, beliebige Änderungen deutlicher Willenserklärungen zu vermeiden, entgegen.² Die ausführliche Begründung dieser Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts hat für die folgenden zunächst die Grundlage gebildet. Die Einordnung der Erfüllungsverweigerung erfolgte damit ausschließlich beim Tatbestand des Art. 356 ADHGB.

Dabei gingen die ersten Entscheidungen³ davon aus, daß die übrigen Merkmale des Art. 356 ADHGB und dabei insbesondere der Verzug gegeben waren. Allerdings machte das Reichsoberhandelsgericht in seiner Entscheidung vom Oktober 1871⁴ bereits einen weiteren Schritt und verzichtete nicht nur auf die Fristsetzung, sondern zugleich auch schon auf die Wahlanzeige des Art. 356, weil sowohl diese als auch die Nachfristsetzung erfolglos sein würde.⁵

Das Reichsoberhandelsgericht verlangte aber weiterhin die Fälligkeit der Leistung und die verzugsbegründende Mahnung. Diese Erfordernisse wurden zunächst allein durch die Erfüllungsverweigerung noch nicht überwunden.⁶

¹Später vertrat das Reichsoberhandelsgericht jedoch eine andere Auffassung, vgl. unten S. 7.

²ROHGE, a.a.O., S. 322 m. N.

³ROHGE 3, 319; 5, 107; 6, 324; 7, 376; 9, 311.

⁴ROHGE 7, 376.

⁵In seiner Entscheidung vom 7. Mai 1873 geht das Reichsoberhandelsgericht demgegenüber anscheinend wieder von dem Erfordernis der Anzeige aus, vgl. ROHGE 9, 311 (315), auch ROHGE 17, 224 (225).

⁶vgl. ROHGE 9, 311 (314); 16, 200 (201).

Ferner zog das Reichsoberhandelsgericht teilweise noch die für den Gläubiger äußerst unbillige und gefährliche Konsequenz, daß der sich weigernde Schuldner jederzeit die von ihm bereits erklärte Erfüllungsverweigerung auch im Verzugsstadium widerrufen und damit die Sekundärrechte des Gläubigers abwenden konnte.¹ Insoweit setzte sich das Gericht allerdings in Widerspruch zu seiner früheren Aussage², der andere dürfe den einmal erklärten Willen des sich Weigernden als ernstlichen und definitiven ansehen und müsse die Änderung dieses Willens nicht zum eigenen Schaden hinnehmen.

Die Konsequenz eines derartigen Widerrufs mußte eben die sein, daß sich der Gläubiger doch noch nicht auf diese neue durch die Erfüllungsverweigerung entstandene Situation endgültig einstellen und z.B. sich die fremde Leistung anderweitig besorgen oder seine eigene Leistung gegenüber einem anderen erbringen konnte.

Das Reichsgericht knüpfte an die bisherige Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichtes an und entwickelte diese fort.³ Es ging dabei, wie bereits auch das Reichsoberhandelsgericht in einigen Entscheidungen⁴, davon aus, daß das in Art. 356 ADHGB gesetzte Erfordernis der Fristgewährung keine unbedingte Pflicht des Gläubigers sei, sondern nur ein Recht des säumigen Schuldners fixiere. Der Art. 356 ADHGB wolle nicht den nichtsäumigen Teil zum Anbieten einer Nachfrist, sondern nur zur Gewährung einer nachgesuchten Nachfrist verpflichten.

¹ vgl. ROHGE 17, 224 (225); von einem derartigen Widerrufsrecht auf Risiko des Gläubigers geht später auch das Reichsgericht aus, das allerdings eine Erfüllungsverweigerung und deren Widerruf vor Fälligkeit behandelt, vgl. RGZ 4, 69 (71).

² ROHGE 3, 319 (322).

³ vgl. RGZ 1, 241; 5, 103 (104).

⁴ ROHGE 8, 125 (127ff.); 9, 119 (126); 12, 59 (62).

Diese Interpretation des Art. 356 war bereits vom Reichsoberhandelsgericht in seiner Entscheidung im Band 8¹ ausführlich mit der Entstehungsgeschichte des Art. 356, der allgemeinen Bedeutung des Wortes "gewähren" im Gegensatz zu setzen sowie der Stellung des Wortes "gewähren" im Satzgefüge des Art. 356 begründet worden.²

Danach war es ohnehin nicht die Pflicht des Gläubigers, dem Säumigen ungebeten eine Frist zu setzen, sondern seine Pflicht beschränkte sich vielmehr darauf, nach der Anzeige erst aufgrund eines eventuellen Nachfristgesuchs des Schuldners die Nachfrist zu setzen. Fehlte hingegen jegliches Gesuch dahingehend, dann konnten die Sekundärrechte des Art. 356 ohne weiteres ohne Nachfristsetzung geltend gemacht werden.

Das Reichsgericht³ führte dazu weiter aus, die Bestimmung des Art. 356 sei zugunsten des Säumigen in das Gesetz aufgenommen worden, um demselben eine nachträgliche Erfüllung zu ermöglichen und ihn so vor ungerechtfertigten Härten, welche die strikte Anwendung des Vertragsrechtes mit sich bringen würde, zu schützen. Falle daher jener Grund weg, z.B. weil die Erfüllung inzwischen unmöglich geworden sei oder der Säumige dieselbe verweigert habe, so sei kein Anlaß zur Gewährung einer Nachfrist vorhanden.

Nach der Auffassung des Reichsgerichtes war der Gläubiger nicht einmal berechtigt, eine Nachfrist zu setzen und durfte zumindest bei der Schadensberechnung nicht die Umstände (Marktpreise) zum Zeitpunkt des Fristablaufs zugrunde legen⁴. Vielmehr habe er die Pflicht, sofort die Maßregeln des Verzuges zu ergreifen und gegebenenfalls vor Fristablauf den Deckungskauf zu tätigen. Hier wurden bereits die dem

¹S. 127 ff.

²Zur Entstehungsgeschichte des Art. 356 vgl. unten S. 100 ff.

³RGZ 5, 103 (104).

⁴RG ebenda.

späteren § 254 Abs. II des BGB zugrundeliegenden Gedanken berücksichtigt.

Diese Interpretation des Art. 356 ADHGB, die auf das Wort "gewähren" abstellte, kam damit ohne Schwierigkeiten bei der Erfüllungsverweigerung ab Verzug zur direkten Anwendung dieser Vorschrift, da die Erfüllungsverweigerung dem Gläubiger zeigte, daß die Fristsetzung gerade nicht mehr begehrt werden sollte.

Im übrigen machte das Reichsgericht schon früh¹ einen weiteren Schritt als das Reichsoberhandelsgericht. Es handelte sich hier um den Fall eines Sukzessivlieferungsvertrages, bei dem der Schuldner bereits vor der Fälligkeit der ersten Teilrate den Abschluß des Lieferungsvertrages in Abrede gestellt hatte. Der Gläubiger hatte zwar eine Nachfrist gesetzt, jedoch bereits vor deren Ablauf selbst anderweitig einen Deckungskauf getätigt. Das Reichsgericht hielt diesen Deckungskauf für gerechtfertigt. Art. 355 ADHGB setze zwar Verzug voraus, jedoch sei dieser entbehrlich, falls der Schuldner die Erfüllung verweigert habe. Erstmals wurde damit bei der Erfüllungsverweigerung auch auf den Tatbestand des Verzuges und die Fälligkeit der Leistung verzichtet. Jedoch gestattete man dem Schuldner, die Erfüllungsverweigerung bis zum Zeitpunkt der Verfallzeit noch zu heilen.²

Später hat das Reichsgericht aber ausdrücklich betont, daß das Risiko des Deckungskaufs beim Schuldner liege.³ Es könne nicht in der Willkür des Verkäufers liegen, durch Abgehen von seiner früheren Erklärung den Käufer, welcher die Ware doppelt anschaffen mußte, in Schaden zu versetzen. Dabei hat das Gericht allerdings strengere Anforderungen als bisher an den Tatbestand der Erfüllungsverweigerung ge-

¹RGZ 4, 69 ff.

²a.a.O., S. 71.

³RGZ 7, 44.

stellt und verlangt, daß diese bestimmt und wiederholt erklärt worden sein mußte. Nach der im kaufmännischen Verkehre herrschenden Auffassung, welche hier maßgebend sein müsse (Art. 279 ADHGB) und welche auch die Natur der Sache für sich habe, könne einer solchen Erklärung nur die Bedeutung beigelegt werden, daß sie die Inverzugsetzung überflüssig mache, indem sich der Kontrahent unter Verzicht auf jede weitere Mahnung den gesetzlichen Folgen unterwerfe.¹

Die mehrfache Begründung mit dem kaufmännischen Verkehr, dem Verzicht- und dem Unterwerfungsgedanken² zeigt, wie weit sich das Reichsgericht hier absichern wollte, als es auch die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit voll unter den Tatbestand des Art. 356 ADHGB subsumierte und darauf verzichtete, dem Gläubiger abzuverlangen, den Fälligkeitszeitpunkt abzuwarten. Damit behandelte das Reichsgericht die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit und vor Verzug und die späteren Erfüllungsverweigerungen hinsichtlich der Rechtsfolgen und der tatbestandlichen Einordnung gleich. Diese Auffassung wurde später bestätigt³ und dazu noch ergänzend der Gedanke herangezogen, daß die unberechtigte Weigerung der Erfüllung mindestens dieselben Rechtsfolgen für den anderen Teil haben müsse wie die bloße Verzögerung der Erfüllung.

Am 1.1.1900 trat dann das Bürgerliche Gesetzbuch in Kraft. Gleichzeitig wurde das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch grundlegend revidiert. Die Vorschriften der Art. 354 bis 356 über den Erfüllungsverzug bei Handelsverkäufen, die nicht Fixhandelsgeschäfte sind, wurden durch den § 326 ersetzt, welcher das im HGB anerkannte zweifache Wahlrecht⁴

¹RG ebenda.

²Der Verzichtgedanke tauchte später wiederholt bei der Problemlösung auf und wird noch näher zu erörtern sein, s. u. S. 14 ff.

³RG in JW 1901, 309, dabei ließ das RG auch die Verweigerung einer einzigen von mehreren Vertragspflichten ausreichen, falls dieselbe einen erheblichen Teil des Vertragsinhaltes betreffe.

⁴Wobei natürlich der Weg über § 326 nicht zwingend wurde, sondern auch statt dieser Sekundärrechte der Erfüllungsanspruch durchgesetzt werden konnte.

des nicht säumigen Teils, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Verträge, auf das gesamte bürgerliche Recht ausdehnte.

Die Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Einführungsgesetzes verweist auf den Unterschied des § 326 BGB zum Art. 356 ADHGB, der nunmehr unzweideutig zum Ausdruck bringe, daß es der ausdrücklichen Setzung einer angemessenen Nachfrist durch den nicht säumigen Teil bedürfe.¹ Gleichzeitig wird aber auf die bisherige Rechtsprechung zum Art. 356 ADHGB für den Fall der Erfüllungsverweigerung verwiesen.² Dieser Verzicht auf die Nachfristsetzung bei der Erfüllungsverweigerung entspreche der Natur der Sache sowie den Bedürfnissen des Handelsverkehrs. Die Denkschrift führt weiter aus, es sei anzunehmen, daß sich diese Rechtsprechung auch unter der Herrschaft des BGB, welches insoweit nicht wesentlich anderes vorschreibe, fortsetze.

Dem war hingegen zunächst nicht so. Rechtsprechung und Literatur taten sich anfangs schwer, die Erfüllungsverweigerung in das System des neuen BGB einzuordnen. Der § 326 BGB wurde dabei nicht ohne weiteres als der identische Nachfolger des Art. 356 ADHGB gesehen.

Die von der Rechtsprechung zu Art. 356 entwickelten Grundsätze wurden zum Teil für den § 326 abgelehnt. So hat das Oberlandesgericht Breslau³ im Oktober 1901 entschieden, daß bei § 326 auch im Falle der Erfüllungsverweigerung nicht auf die Fristsetzung verzichtet werden könne. Auch die ausdrücklich erklärte Weigerung der Vertragserfüllung entbinde den Gläubiger nicht von der Fristsetzung. Die Entscheidung berücksichtigt ausdrücklich die oben erwähnte Denkschrift zum HGB, die dort vertretene Auffassung wird jedoch nicht geteilt. Das BGB gewähre das Recht auf Rück-

¹ Siehe Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. VI, S. 189 (373).

² a.a.O., S. 374.

³ Abgedruckt bei Mugdan u. Falkmann, OLGR 4, S. 14 ff.

tritt oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung im Falle des Verzuges des Schuldners weder als Regel noch unbedingt neben dem Anspruch auf Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, sondern schaffe nur, abgesehen von gewissen Einzelbestimmungen, dem Gläubiger ein Wahlrecht, dessen Ausübung, soweit es auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet ist, an die dort gegebenen Bedingungen geknüpft sei. Erst wenn der Anspruch auf Erfüllung auf diese Weise ausgeschaltet sei, würde der vorher nur bedingte Anspruch auf Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung unbedingt.¹ Selbst die die Erfüllung in einer jeden Zweifel ausschließende Weigerung lasse die bloße Erklärung der Ablehnung der Erfüllung nicht genügen. Die Fristsetzung bleibe erforderlich. Einer anderweitigen Auffassung stehe der Wortlaut des Gesetzes entgegen und zwar um so zwingender, als der Gesetzgeber gegenüber der früheren Rechtsprechung triftigen Grund gehabt habe, diese Auffassung zum Ausdruck zu bringen, wenn er dies beabsichtigt hätte.² Man könne weder aus den Motiven noch aus den Protokollen entnehmen, daß der Gesetzgeber zwar diese Absicht gehabt, sie aber versehentlich im Gesetz nicht genau ausgedrückt habe. An keiner Stelle werde jene Auffassung der früheren Rechtsprechung berührt und unter den fünf zu § 369 a (jetzt § 326) gestellten Anträgen fände sich keiner, der für einen derartigen Fall zuließe, von einer Fristbestimmung abzusehen. Ebensowenig enthielten die durch diese Anträge veranlaßten Erörterungen irgendeinen Hinweis darauf, obwohl sie den Fall der §§ 286 Abs. 2 und 326 Abs. 2, in denen es einer Fristbestimmung nicht bedürfe, erörterten. Demgegenüber könne der Umstand, daß der Artikel 356 ADHGB im wesentlichen mit dem § 326 BGB übereinstimme, die gegenteiligen Auffassungen nicht stützen, zumal der Wortlaut des Art. 356 eine Ausnahme von der Fristbestimmung nicht zuließe.³

¹ebenda S. 15.

²ebenda S. 15.

³ebenda S. 16.

Anders hat das Kammergericht¹ einen Monat später die Auffassung vertreten, der § 326 unterscheide sich insoweit nicht von dem alten Art. 356 ADHGB. Wenn dort von "bestimmen" einer Nachfrist statt "gewähren" die Rede sei, so folge daraus nicht, daß der Gläubiger die Erklärung des Schuldners, er werde nicht erfüllen, unbeachtet lassen müsse und noch eine Frist zu gewähren habe, obwohl bereits feststehe, daß der Schuldner überhaupt nicht erfüllen werde. Diese Entscheidung folgte damit der Denkschrift zum HGB.

Diese letztere Auffassung hat dann auch das Reichsgericht geteilt und damit die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch sinngemäß fortgesetzt.

Die erste Entscheidung hierzu aus dem Jahre 1901 führt aus², daß auch jetzt noch gelte, daß sich ein Kaufmann, der vor Eintritt der Fälligkeit die bestimmte Erklärung abgibt, nicht erfüllen zu wollen, selbst dadurch in Verzug setze und den Gläubiger jeder weiteren hierauf abzielenden Tätigkeit enthebe. Damit folgte das Reichsgericht sogar der weitestgehenden Entscheidung zum Art. 356 ADHGB und ließ den Verzug allein aufgrund der Erfüllungsverweigerung eintreten. Der Hinweis auf die Kaufmannseigenschaft ließ allerdings noch offen, ob dieser Grundsatz allgemein für jedes Gläubiger - Schuldnerverhältnis gelten könne.

Eine derartige allgemeine Anwendbarkeit dieses Grundsatzes über das Handelsrecht hinaus, hielt das Reichsgericht offenbar schon bald darauf in einer anderen Entscheidung³ für möglich. Zwar lag dem dort zu entscheidenden Fall ebenfalls ein Handelskauf zugrunde, das Gericht ging aber davon aus, daß dadurch eine Anwendung des § 326 ohne vorherige Fristset-

¹ Abgedruckt bei Mugdan u. Falkmann, OLGR 4, S. 16 unter B.

² DJZ 1902, 68.

³ RGZ 51, 347 (348).

zung noch weniger Bedenken entgegenstünden, also auch wohl sonst eine Anwendung des § 326 möglich sei.¹

Das Reichsgericht betonte bei der Begründung dieser Entscheidung jedoch einen anderen Gedanken als die Vorentscheidungen zu dieser Rechtsfrage. Entgegen früheren Auffassungen hätten die Ausführungen aus der Denkschrift zum HGB im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und es sei nicht zu verkennen, daß der Wortlaut des § 326 sowie der Umstand, daß der § 326 Abs. 2 hinsichtlich der Fristsetzung selbst eine Ausnahme erkannt habe, ohne dabei die Erfüllungsverweigerung zu erwähnen, gegen eine Anwendung der Reichsoberhandelsgerichtsgrundsätze spreche. Auch sei es nicht möglich, aus der speziell für den Werkvertrag gegebenen Vorschrift des § 634 Abs. 2 auf ein allgemeines, im Gesetz selbst zum Ausdruck kommendes Prinzip bezüglich der Weigerung zu schließen, zumal da im § 295 ein, wenn auch nur wörtliches Angebot für den Fall der Annahmeverweigerung des Gläubigers vorgeschrieben sei.² Dies alles seien jedoch nur formale Gesichtspunkte. Der § 326 sei kein zwingendes Gesetz. Seine Erfordernisse könnten durch übereinstimmende Willensbetätigung der Vertragsparteien außer Wirksamkeit gesetzt werden.

Zumindest für den dort zu beurteilenden Tatbestand, daß der Schuldner den verbindlichen Abschluß des Kausalgeschäftes bestreitet und deshalb die Erfüllung entschieden verweigert, hat das Gericht dann einen Verzicht des Schuldners auf das Fristerfordernis angenommen. Der Schuldner habe sich von dem Vertrage losgesagt, sein Verhalten würde für den Fall, daß der Vertrag für ihn rechtswirksam abgeschlossen sein sollte, einen Vertragsbruch darstellen. Durch seine Weigerung habe er deutlich zu erkennen gegeben, daß er weder eine Frist zur Erfüllung begehre, noch von einer ihm gesetzten Frist Gebrauch machen werde; er wolle nicht erfüllen. Daher enthielte sei-

¹a.a.O., S. 350.

²a.a.O., S. 350.

ne Weigerung einen Verzicht auf das Erfordernis der Fristbestimmung, letztere würde unter diesen Umständen zwecklos und überflüssig sein und es könne nicht angenommen werden, daß im Rechtsverkehr zwecklose und überflüssige Handlungen gewollt seien. In der auf die Weigerung des Schuldners erfolgten Geltendmachung des Schadensersatzanspruches des Gläubigers liege von Seiten des Letzteren die Annahme des Verzichts und gleichzeitig die Erklärung, daß er nunmehr die Erfüllung ablehne.¹

Damit gab das Reichsgericht eine neue Begründung für die Überwindung der fehlenden Fristsetzung, nämlich es konstruierte einen rechtsgeschäftlichen Verzicht mit echten Willenserklärungen der Vertragspartner auf Ausschaltung einer Tatbestandsvoraussetzung des § 326 Abs. 1.

Diesen Lösungsweg hat das Reichsgericht kurz darauf noch einmal ausdrücklich bestätigt und auch bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit beschritten.²

Später hat das Reichsgericht³ ergänzend betont, daß die zur Erfüllungsverweigerung entwickelten Grundsätze auch im Falle der Zahlungsverweigerung gelten und dies mit dem Hinweis begründet, daß § 326 gleichmäßig für den Leistungsverzug beider Vertragsteile gegeben sei.

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, daß das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht die Lösung des

¹ a.a.O., S. 351.

² s. dazu RGZ 52, 150 (151). Zu beiden Entscheidungen (RGZ 51, 347 ff. und RGZ 52, 150 ff.) nimmt Endemann in DJZ 1903, S. 161 unter Ziff. 3 Stellung. Endemann teilt die Auffassung von der Zwecklosigkeit der Fristsetzung im Fall der Erfüllungsverweigerung, wehrt sich aber gegen den Lösungsweg über den Verzichtsgedanken.

³ RGZ 53, 11 (12)
Diese Entscheidung, die sowohl die Annahme- als auch Zahlungsverweigerung betont, stellt letztlich bei der Subsumtion unter § 326 zu Recht auf die Zahlungsverweigerung ab, da § 326 den Verzug mit einer Hauptleistung voraussetzt. Die Abnahme als solche stellt idR keine derartige Hauptpflicht dar. Das RG hat dies in dieser Entscheidung nicht

Problems ausschließlich über den Tatbestand des Verzuges unter Verzicht auf das Fristsetzungserfordernis des Art. 356 ADHGB bzw. des § 326 BGB gesucht haben. Die Begründung hierfür wurde zunächst in dem Sinn und Zweck des Fristsetzungserfordernisses und seiner Bedeutungslosigkeit im Falle der Erfüllungsverweigerung gesehen. Die Fristsetzung wurde im Ergebnis jedenfalls als nutzlose Formalität abgetan.

Von dieser Begründung abweichend wurde jedoch auch der Gedanke eines rechtsgeschäftlichen Verzichts auf das Tatbestandsmerkmal Fristsetzung entwickelt.

Der fehlende Verzug wurde ebenfalls überbrückt.

Die Rechtsfolge war ein dreifaches Wahlrecht:

1. fortbestehender Erfüllungsanspruch.¹
2. Rücktrittsrecht.
3. Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

2. Die Stellungnahme der Wissenschaft

In den Kommentaren zum ADHGB und BGB wurde das Problem zunächst wenig behandelt. Zwar wurde es vereinzelt erwähnt, hinsichtlich der Lösung beschränkte man sich jedoch auf die knappe Wiedergabe der Entscheidungen der Gerichte.²

Nur wenige Kommentatoren gaben eine eigene kritische Stellungnahme ab.

ausdrücklich herausgestellt. Die o.g. Interpretation des § 326 war i.Ü. zu diesem Zeitpunkt erst in der Entwicklung, wie die Entscheidung in RGZ 53, 161 (164) zeigt.

¹Wobei dieser allerdings gem. § 326 Abs. I 2, 2. Halbsatz nach der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erlischt.

²Vgl. Litthauer zu Art. 355, S. 301;
Makower Bem. 40a zu Art. 356, S. 373.

Zu ihnen gehörte Hermann Staub¹, der die Fristsetzung zunächst anders als die Rechtsprechung für absolut notwendig erachtete. Das Gesetz fordere diese so bestimmt und unzweideutig, daß es nicht angehe, in irgendeinem Falle davon abzugehen. Staub führt zur Begründung zunächst an, daß der § 326 nicht mit dem Art. 356 ADHGB vergleichbar sei, da § 326 hinsichtlich der Nachfrist strengere Voraussetzungen schaffe.² Es sei nunmehr ausdrücklich von einer Fristbestimmung statt einer Fristgewährung die Rede. Gewähren sei passives Verhalten, Fristbestimmung dagegen eine positive Tätigkeit. Von dieser könne nicht abgesehen werden, da es die von dem Gesetzgeber für erforderlich erachtete Grundlage für die weitgehende Umgestaltung der Rechtsverhältnisse sei, wie sie in der Ablehnung der Annahme der Erfüllung liege. Staub widerspricht hier der in der Denkschrift zum HGB zum Ausdruck gebrachten Erklärung, die ehemalige Rechtsprechung zum ADHGB möge sich auch zum neuen BGB fortsetzen. Es liege vielmehr im Sinne des neuen Gesetzes, daß dem Säumigen auch dann eine Frist zur Erfüllung mit dem schweren Präjudiz der Erfüllungsablehnung und des Entstehens jener sekundären Rechte gesetzt werde, wenn er sich geweigert habe, zu erfüllen.³ Obwohl das Gesetz in § 326 Abs. II an die Regelung von Ausnahmefällen hinsichtlich der Fristsetzung herangetreten sei, mache es für den Fall der Erfüllungsverweigerung gerade keine Ausnahme. Dies habe seinen Grund darin, daß auch demjenigen, der sich weigert, durch die Fristbestimmung

¹ Staub, HGB, Anm. 73 - 76 Exkurs zu § 374 S. 1291 ff., später löste Staub das Problem aber wie die Rechtsprechung mit der sofortigen Zubilligung der Rechte aus § 326, nur daß er nicht vom Tatbestand des § 326 ausging, sondern den selbstentwickelten Haftungstatbestand der positiven Vertragsverletzung zugrundelegte, s. u. S. 33.

² ebenda, Anm. 74, S. 1292.

³ ebenda, Snn. 74, 75, S. 1292.

nochmals vorgehalten werden sollte, welche schweren Folgen aus seinem vertragswidrigen Verhalten gezogen werden können.¹ Staub verweist ferner auf den Umstand, daß der Gesetzgeber nicht nur den Ausnahmefall des § 326 Abs. II gesehen, sondern die Erfüllungsverweigerung in § 634 Abs. II ausdrücklich behandelt hat. Die Nichtregelung der Erfüllungsverweigerung im Rahmen der §§ 280 ff. hält er daher nicht für eine unbewußte Gesetzeslücke.² Staub meint, daß durch die Erfüllungsverweigerung auch dann, wenn man dem Gläubiger noch die Fristsetzung abverlangt, noch keineswegs ein mißlicher Rechtszustand geschaffen werde, wenn man berücksichtige, daß der Schuldner mit der Erfüllungsverweigerung auf jeden Fall vertragswidrig gehandelt habe. Wenn der Gläubiger aus dieser Erklärung auch nicht die Rechte herleiten könne, die ihm der wirkliche Verzug gewährt, so liege in diesem Verhalten, in der Ankündigung der Vertragsuntreue, selbst bereits eine Vertragsuntreue, deren Folgen der Schuldner zu tragen habe. Der Gläubiger, der durch dieses Verhalten Schaden erlitten hat, solle diesen nach allgemeinen Grundsätzen ersetzt erhalten.³ Er müsse sich zwar gefallenlassen, daß der

¹ a.a.O., Anm. 75

² ebenda.

³ ebenda, Anm. 76, S. 1293.

Staub entnimmt diese erhöhte Schadensersatzpflicht nicht den Vorschriften des Verzuges, sondern läßt sie auch für die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit gelten. Diese weitgehende Annahme einer allgemeinen Schadensersatzpflicht beruht darauf, daß Staub aus dem Zusammenhang des gesamten BGB den Grundsatz aufstellt, daß, wo die Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht anders geregelt ist, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadensersatz bestehe. Staub stellte damit schon bevor er die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen entwickelte, eine allgemeine Schadensersatzpflicht für schuldhaftes Pflichtverletzungen auf. Vgl. Staub, a.a.O., Anm. 11 zu § 347, S. 1059.

Schuldner zur Verfallzeit gleichwohl erfüllt, könne dann aber verlangen, daß ihm der Schaden ersetzt wird, der ihm durch die Erfüllungsverweigerung z.B. dadurch, daß er sich inzwischen auch anderweitig gedeckt oder sonstige Dispositionen im Vertrauen auf die Erfüllungsverweigerung getroffen hat, entstanden ist.

Damit hält Staub an dem Fristsetzungserfordernis fest, d.h. er gibt kein sofortiges Rücktrittsrecht oder einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sondern läßt Erfüllungs- und Annahmepflicht weiterbestehen. Gleichzeitig gewährt er dem Gläubiger aber bereits einen sehr weitgehenden Schadensersatzanspruch, der allein auf allgemeinen Grundsätzen beruht.

Auch Rehbein¹ gab eine kritische Stellungnahme ab. Er sieht im § 326 Abs. I eine Regelung, die den Gläubiger abweichend von dem allgemeinen Grundsatz der §§ 284, 286 von dem Nachweis entbinde, daß die Erfüllung für ihn kein Interesse mehr habe. Die Fristsetzung sei der Ersatz für den Nachweis des Interessenwegfalls. Diese Gesetzesvorschrift könne nicht ohne weiteres ausgestrichen werden. Wenn der Gläubiger ohne Fristsetzung erkläre, er nehme die Leistung nicht mehr an, so erkläre er zwar damit, daß die Erfüllung für ihn kein Interesse mehr habe, er könne sich dadurch aber nicht von dem ihm obliegenden Nachweis befreien. Rehbein vertritt damit eine neue Auffassung vom Sinn und Zweck des § 326 Abs. I und sieht diesen als Ausnahmenvorschrift zum Absatz II des § 326 bzw. 286. Er gibt der Fristsetzung lediglich Beweisfunktion hinsichtlich des Tatbestandes des Absatzes II. Seiner Auffassung nach ist die Argumentation, daß der Schuldner durch die Erfüllungsverweigerung auf die Fristsetzung verzichtet, nicht stichhaltig, weil der § 326 dem Schuldner, anders als der Art. 356 des ADHGB kein Recht auf Nachgewähr einer Frist gebe, sondern nur den Gläubiger zur Fristsetzung berechtige, diese aber auch fordere, wenn der

¹Rehbein, BGB, Bd. II Bem. 30 zu §§ 320 - 327.

Gläubiger des Nachweises nach § 286 Abs. II BGB entoben sein will.

Einen ungewöhnlichen Weg ging Cosak¹, der für den Fall, daß vom Gläubiger gar keine Frist gesetzt wird, dennoch auch gegen den Willen und gegen das äußere Verhalten des Gläubigers eine solche fingiert. Die Nachfrist, die hier vom Gläubiger gleich Null bestimmt worden sei, könne nicht anders behandelt werden, als die zu kurz gesetzte Nachfrist, bei der ebenfalls automatisch die eigentlich angemessene Frist laufe.²

Cosak verzichtet insoweit auf die expressis verbis erklärte Fristsetzung. Das mußte zur Konsequenz haben, daß der Schuldner während dieser fingierten Nachfrist noch erfüllen und damit seine vorige Erfüllungsverweigerung heilen konnte.

Umfangreicher war die Diskussion in verschiedenen Aufsätzen. Hier setzte man sich äußerst kritisch mit den Entscheidungen der obersten Gerichte auseinander.

So lehnte Erler³ die Auffassung der Rechtsprechung entschieden ab. Er hielt die Fristsetzung auch für den Fall der Erfüllungsverweigerung für unbedingt erforderlich, da die Fristbestimmung weniger den Zweck habe, dem säumigen Schuldner noch einmal vor Augen zu führen, welche ernststen Folgen seine Säumnis nach sich ziehen könne, sondern sie vielmehr das Mittel sei, den dem Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung im Wege stehenden Primär-

¹Cosak, Deutsches Bürgerliches Recht, Bd. I § 123 III
2 c. f., S. 405.

²Zum Problem der zu kurz gesetzten Nachfrist vgl. RG
in JW 1904, S. 172 Ziff. 13 m.w.N.

³Erler in DR 1901, S. 421 ff.

anspruch des Gläubigers hinwegzuräumen. Erler räumt zwar ein, daß auf die Fristsetzung verzichtet werden könnte, wenn ihr alleiniger Zweck in der Darlegung der Folgen gegenüber dem Schuldner zu sehen wäre, jedoch habe die Fristsetzung primär den Zweck, den Anspruch auf Erfüllung als der naturgemäßen Lösung eines Vertrages auszuschalten und den Weg zu Sekundäransprüchen zu eröffnen. Man müsse davon ausgehen, daß Verträge geschlossen werden, um gehalten und erfüllt zu werden. In der Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung liege der wirtschaftliche Zweck des Vertrages und nur durch Vertragserfüllung finde das errichtete Schuldverhältnis seine naturgemäße Lösung.¹ Allein durch den Verzug werde daher die Erfüllungsforderung sowie die Erfüllungsannahmepflicht noch nicht beseitigt, sondern es entstünden lediglich Ansprüche wegen des Verzögerungsschadens. Erst § 326 biete die Möglichkeit, die Erfüllung als natürliche Lösung des Vertrages auszuschalten. Erst mit dieser Ausschließung des Erfüllungsanspruches sei der Raum für einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geschaffen.² Nicht hingegen sei es Sinn und Zweck der Fristsetzung, den Gegner umzustimmen. Die Argumentation der Rechtsprechung, auf die Fristsetzung könne verzichtet werden, weil es sich nicht lohne, einem widerwilligen Schuldner eine Nachfrist zu bestimmen, weil die Fristgewährung keinerlei rechtliche Bedeutung mehr habe, überzeuge eben dann nicht, wenn man den Zweck der Fristsetzung anders als diese Rechtsprechung in der Ausschaltung des Primäranspruches sehe. Gerade dieser letztere Zweck liegt aber, so Erler, dem § 326 Abs. I zugrunde.³ Erler stützt sich wie

¹a.a.O., S. 421, r.Sp.

²a.a.O., S. 422, l.Sp.

³Erler, a.a.O., S. 422, r.Sp., verweist in diesem Zusammenhang auf die Motive zum BGB, Bd. 2, S. 210 sowie die Protokolle Bd. I S. 644, 645, 648.

andere¹ darauf, daß der Gesetzgeber ja eine Ausnahme von dem Erfordernis des ausdrücklichen Ausschaltens des Erfüllungsanspruchs gemacht hat, nämlich mit dem Absatz II des § 326. Erler meint, daß der Gesetzgeber, hätte er als zweite Ausnahme den Fall der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung zulassen wollen, dies, wie z.B. bei der Regelung des Werkvertrages im § 634 Abs. II, auch zum Ausdruck gebracht hätte.

Demgegenüber unterstützte Niedner² die Auffassung der Rechtsprechung. Er sieht in der Fristsetzung anders als Erler gerade den Zweck, dem Säumigen die *purgatio morae* zu ermöglichen. Demzufolge sei dieser Zweck entfallen, sobald eine vorzeitige Erfüllungsverweigerung vorliege. Niedner widerspricht der Auffassung Erlers, die Fristsetzung habe in erster Linie den Zweck, den Erfüllungsanspruch auszuschneiden. Es sei freilich richtig, daß das BGB bei Rechtsgeschäften und Verträgen im allgemeinen mit dem Verzug des einen Teils nicht ohne weiteres die Erfüllungsforderung und die Erfüllungsannahmepflicht des anderen Teils erlöschen lasse, jedoch habe das BGB speziell bei gegenseitigen Verträgen diesen prinzipiellen Standpunkt zum Teil verlassen. Die Auffassung Erlers habe zwar dem ersten Entwurf zu § 326 BGB zugrundegelegen, nicht aber mehr bei den Beratungen der zweiten Kommission.³ Während noch der Entwurf I die Verzugsfolgen bei einseitigen und gegenseitigen Verträgen völlig gleich behandelt habe, sei man sich bei den Beratungen der zweiten Kommission dahin einig gewesen, daß diese Regelung einen Rückschritt gegen die durch Art. 354-356 des alten HGB vorbereitete Rechtsentwicklung bedeuten würde. Man habe vielmehr erwogen, daß

¹ z.B. Staub, s.o., S. 18; vergl. auch RGZ 51, 347 (348), s.o. S. 14, 15.

² in DJZ 1901, S. 443 ff.

³ a.a.O., S. 443, r.Sp.

man den Interessen des nichtsäumigen Teils bei gegenseitigen Verträgen nur gerecht würde, wenn man im Anschluß an das ADHGB im Fall des Verzuges ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt vom Vertrag geben würde. Dieser Zusammenhang des § 326 mit der bisherigen Rechtsentwicklung lasse erkennen, daß in dieser Bestimmung das Prinzip, wonach der Verzug den Anspruch auf Erfüllung und Erfüllungsannahme nicht beseitige, bei gegenseitigen Verträgen durchbrochen sei und zwar in richtiger Würdigung der Tatsache, daß die regelmäßig durch den Verzug (nämlich in Ansehung der Zeit) herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung bei den hier in Frage kommenden Verkehrsgeschäften häufig einer völligen Unmöglichkeit der Leistung vom Standpunkt des Gläubigers aus wirtschaftlich gleichkomme.¹ Niedner vertritt daher im Gegensatz zu Erler die Auffassung, daß bei § 326 der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. das Rücktrittsrecht von vornherein gleichwertig neben dem Anspruch auf Erfüllung gegeben seien und nicht erst mit dem Ablauf der Präklusivfrist entstünden. Letztere solle nur den Säumigen vor Überraschungen schützen. Dabei räumt Niedner ein, daß der Wortlaut² des § 326 mehr dafür spreche, daß die zuvorige Fristsetzung gesetzliche Voraussetzung für die Existenz des Anspruchs auf Schadensersatz sei, die Entstehungsgeschichte des § 326 jedoch widerspreche gerade einer derartigen Interpretation. Dem Wortlaut der Bestimmung sei deshalb kein ausschlaggebendes Gewicht beizumessen, weil der zweiten Kommission auch ein zweiter Antrag vorgelegen habe, der im Wortlaut klargestellt habe, daß Anzeige und Fristsetzung nicht Voraussetzung für das Entstehen der

¹ a.a.O., S. 444, 1.Sp.

² gemeint ist hier der Wortlaut des § 326 insoweit dieser eine zeitliche Reihenfolge aufstellt: § 326 Abs. I S. 2: "Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten ..."

Sekundäransprüche gewesen sei.¹ Die dem Antrag 1 entsprechende Fassung des § 326 BGB sei mit der Fassung des Antrages 2 und dem diesem vergleichbaren Art. 356 ADHGB sachlich identisch, der Unterschied im Wortlaut nur redaktioneller Natur. Der Wortlaut des § 326 könne damit der Auffassung Erlers, als solle die Fristsetzung in erster Linie den Zweck haben, den Anspruch des Gläubigers auf Erfüllung auszuscheiden und damit den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und das Recht auf Rücktritt erst zum Entstehen bringen, in Wahrheit keinen Raum geben. Der Gesetzgeber habe nicht die Absicht gehabt, insoweit eine von dem Art. 356 ADHGB abweichende Regelung zu treffen. Absicht des Gesetzgebers sei es vielmehr gewesen, wie bei Art. 356 ADHGB mit der Fristsetzung den Schuldner vor den Folgen seines Zögerns zu warnen und ihm zu ermöglichen, noch in letzter Stunde der Ausübung des bereits zur Entstehung gelangten Wahlrechts zuvorzukommen.²

Niedner wehrt sich auch gegen den Versuch, ein *argumentum e contrario* aus § 634 Abs. II BGB herzuleiten. Er betont, daß diese Hervorhebung der Erfüllungsverweigerung im Werkvertragsrecht ihren besonderen Grund darin habe, daß nach dem vorhergehenden § 633 Abs. II 2 BGB die Weigerung des

¹ a.a.O., S. 244, r. Sp.

Die Fassung dieses 2. Antrages lautet:

"Ist der Schuldner im Verzuge, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er die Erfüllung nebst Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung oder statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten will.

Will der Gläubiger statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrag zurücktreten, so muß er dieses dem Schuldner anzeigen und ihm dabei noch eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten bestimmen."

Dieser Antrag sah im Wortlaut also nicht die zeitliche Reihenfolge des heutigen § 326 Abs. I S. 2 vor.

² Niedner, a.a.O., S. 444, r. Sp.; S. 445, 1. Sp., räumt zwar im Verhältnis zum Art. 356 ADHGB einen Unterschied insoweit ein, als nunmehr eine Fristbestimmung statt -gewährung vorgesehen sei, mißt diesem Unterschied aber keine Bedeutung bei.

Gläubigers auch eine berechnigte sein könne, also nicht ohne weiteres ein vertragswidriges Verhalten involviere. Demgemäß habe der Gesetzgeber die ausdrückliche Behandlung der Erfüllungsverweigerung im Rahmen des § 326 unterlassen dürfen.

Dieser Auffassung Niedners hat Staub¹ noch einmal ausdrücklich widersprochen. Er sieht hier wie Erler vorrangig den Sinn und Zweck der Fristsetzung in der Ausschaltung des Primäranspruchs und der erst damit möglichen Begründung der Sekundäransprüche. Demgemäß könne auf das Fristsetzungserfordernis auch nicht verzichtet werden. Die von Niedner gegebene Begründung für dessen Interpretation des Fristsetzungserfordernisses hält Staub für falsch. Er verweist darauf, daß sich der eine der beiden Anträge, die der Kommission vorlagen, mehr an die Artikel des ADHGB angepaßt habe, während der andere den anderen Bestimmungen des BGB nachgebildet worden sei.² Letzterer trage zwar den Grundgedanken der Art. 354-356 ADHGB indem er, wie jene, dem Gläubiger beim Verzug des Schuldners das Recht gibt, statt Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vom Vertrag zu wählen, jedoch sei hinsichtlich der Voraussetzungen dieses Wahlrechts gerade eine abweichende Fassung gewählt worden. Staub führt aus, man dürfe nun, wenn zwei Gesetzesfassungen vorliegen und eine verworfen worden sei, das Gesetz nicht in Gemäßheit der verworfenen Fassung auslegen. Staub will demgemäß am Wortlaut des § 326 Abs. I festhalten, der darauf hindeutet, daß die Sekundäransprüche erst durch die Fristsetzung entstehen.³

Ebenfalls gegen eine Überwindung des Fristsetzungserforder-

¹ Staub in DJZ 1901, 478 ff.

² Staub meint die §§ 264 Abs. II, 283, 354, 355, 516 Abs. II, 634, 1003.

³ Im Ergebnis werden Staub und Erler auch unterstützt von Simonson in DJZ 1902, 121 ff.

nisses war Brückmann¹, der die Auffassungen Staubs und Er-
lers mit dem Argument unterstützt, daß die praktische Kon-
sequenz der Gegenmeinung die wäre, daß ein böswilliger
Schuldner dann ja besser gestellt sei, als ein anständiger
und gewissenhafter. Dieser letztere, der die Unmöglichkeit,
rechtzeitig zu liefern, voraussieht und seinen Gläubiger
nicht erst zum Schluß damit überraschen, sondern ihn mit
der Weigerung frühzeitig informieren will, verliere den
Vorteil des § 326, nämlich während der Fristsetzung die
Leistung vielleicht doch noch erbringen zu können, während
der dolose oder zumindest erfahrenere Schuldner ruhig den
Verzug herannahen lassen dürfe und dann auch noch den
Fristablauf abwarten könne. Brückmann geht hierbei aber
offensichtlich nur von einer Erfüllungsverweigerung aus,
die auf einer Unmöglichkeit oder zumindest der Unmöglich-
keit, fristgemäß zu leisten, beruht. Brückmann übersieht
dabei den weitaus größeren Teil der Fälle der Erfüllungs-
verweigerung, bei denen der Schuldner einfach nur nicht
will, obwohl er durchaus vertragsgemäß erfüllen könnte.²

Mit unterschiedlichen Begründungen unterstützten Romeick
und Hangen die Rechtsprechung. Romeick³ sieht die Frist-
bestimmung als eine das Interesse des Gläubigers fixieren-
de Rechtserklärung in dem Sinne, daß aus dem fruchtlosen
Fristablauf sich das Recht des Gläubigers auf Schadenser-
satz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt ebenso herlei-
te wie aus dem geführten Interessenwegfallsbeweis des
§ 326 Abs. II. Dieser Fixierung des Gläubigerinteresses be-
dürfe es dann nicht mehr, wenn schon vorher und gar schon
vor Inverzugsetzung des Schuldners das Erfüllungsinteresse
des Gläubigers durch ein Verschulden des Schuldners wegge-
fallen ist. Dies sei eben der Fall, wenn der Schuldner end-
gültig erklärt hat, er werde nicht leisten. Die vertrags-
widrige Erklärung des Schuldners mache die Inverzugsetzung

¹Brückmann in DJZ 1902, S. 220.

²Steht fest, daß der Schuldner überhaupt nicht wird leisten
können, kann § 326 ohnehin nicht angewandt werden, da dann
sofort die Unmöglichkeitstatbestände eingreifen.

³Romeick in DJZ 1901, S. 493.

überflüssig und unterwerfe den Schuldner den gesetzlichen Folgen, welche einzutreten haben, wenn er gleichwohl zur Erfüllung verpflichtet sein sollte. Romeick folgt damit, wenn auch mit anderer Konsequenz, der oben erläuterten Auffassung Rehbeins, der § 326 Abs. I als einen Spezialfall des Absatzes II ansieht. Romeick betont dabei aber das Verschuldenserfordernis bei der Erfüllungsverweigerung, das bei den Lösungswegen über die Deduktion der Tatbestandsmerkmale des § 326 eigentlich nicht erforderlich sei.¹

Im Ergebnis stimmt auch Hangen² der Rechtsprechung zu, gibt jedoch hierzu eine neue Begründung. Er sieht den § 326 Abs. I zunächst als einen Spezialfall der Unmöglichkeit. Der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung setze den Beweis des Gläubigers, daß die Leistung infolge eines Umstandes, den der andere zu vertreten hat, unmöglich geworden ist, voraus. Diese Unmöglichkeit sieht das Gesetz nach Auffassung Hangens auch dann als gegeben an, wenn im Falle des Schuldnerverzuges die gesetzte Frist fruchtlos verstrichen sei. Zur Begründung dieser Interpretation verweist Hangen darauf, daß der § 326 unter den Vorschriften über die Unmöglichkeit der Erfüllung steht, nämlich dem Falle der fiktiven Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen (§ 325 Abs. II) folgt und auch unmittelbar vor der durch den Verzug begründeten teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit (§ 326 Abs. II) gesetzt sei.³ Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte nicht allein die durch den Verzug begründete teilweise Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit, sondern erst der durch den fruchtlosen Ablauf einer bestimmten Leistungsfrist geführte Nachweis, wenn auch nur fiktiver

¹ das Verschuldenserfordernis fällt hier insoweit weg, als die Erfüllungsverweigerung selbst nicht schuldhaft sein muß, wohl aber muß natürlich die Leistungsverzögerung gemäß § 285 schuldhaft sein, s. dazu unten S. 83 ff.

² Hangen in DJZ 1903, 49 (50).

³ zur Behandlung der Erfüllungsverweigerung als Fall der Unmöglichkeit vergl. unten S. 49 ff.

vollständiger Unmöglichkeit maßgebend sein.¹ Dieser Nachweis könne aber der Natur der Sache nach nicht allein durch die Verweigerung der Erfüllung ersetzt werden. Insoweit widerspricht Hangen den Auffassungen Rehbeins und Romeicks.

Demzufolge bringt Hangen einen ganz anderen Lösungsweg.² Ausgangspunkt ist für ihn die Erkenntnis, daß § 326 dispositiven Charakter hat. Deshalb könnten die Vertragsschließenden vereinbaren, daß im Falle der Verweigerung der Erfüllung seitens des einen Teils der andere Teil befugt sein soll, unter Ausschluß des Anspruchs auf Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder zurückzutreten. Diese Vereinbarung könne selbstverständlich auch stillschweigend getroffen werden. Damit sucht Hangen die Lösung des Problems nicht direkt über den Tatbestand des § 326, sondern auf dem Wege einer bereits bei Vertragschluß stillschweigend getroffenen Vereinbarung der Vertragspartner über den sofortigen Eintritt der Rechtsfolgen des § 326 Abs. I auch im Falle der Erfüllungsverweigerung. Dabei ist es nach Auffassung Hangens nicht erforderlich, an ein Ereignis anzuknüpfen, das erst während des Schuldverhältnisses auftritt³ und demzufolge eine nachträgliche vertragsmäßige Abänderung des ursprünglichen Schuldverhältnisses anzunehmen, sondern man könne bereits auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellen.

Hangen begründet die Annahme eines derartigen Vertrages damit, daß sich bereits ein diesbezüglicher Handelsbrauch entwickelt habe, der, sofern er den Beteiligten bekannt sei, oder diese den Willen hätten, im Einklang mit der herrschenden Sitte zu verfügen, in Ermangelung einer entgegengesetzten Abrede kraft stillschweigender Vereinbarung Bestandteil des Vertragsinhaltes werde. Dieser Handelsbrauch könne aber sogar ohne Kenntnis und ohne Willen der Ver-

¹ Hangen, a.a.O., S. 50, 1.Sp.

² a.a.O., S. 50, 1.Sp.

³ wie in der Entscheidung in RGZ 7, 44.

tragsschließenden nach Maßgabe des § 157 Vertragsinhalt werden. Hangen nimmt somit selbst dann, wenn es an einem erklärten Vertragswillen mangelt, gleichwohl kraft Handelsbrauch (§ 157) einen Vertragsschluß mit dem Inhalt an, daß im Falle der von dem einen Teile kundgegebenen Verweigerung der Erfüllung der andere Teil berechtigt sein soll, unter Ausschließung des Anspruchs auf Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrag zurückzutreten. Nach seiner Auffassung ergeben sich damit die Rechtsfolgen der Erfüllungsverweigerung ausschließlich aus dem Willen der Vertragspartner bei Vertragsschluß und nicht aus einer gesetzlichen Regelung.

Zusammenfassung der Ergebnisse zu Ziff. 2:

Es hat sich gezeigt, daß in der Wissenschaft das Problem erheblich differenzierter gesehen und verschiedene Gegenargumente zur Rechtsprechung aufgezeigt wurden.

Im Vordergrund stand dabei der Streit um den Sinn und Zweck der Fristsetzung des § 326 Abs. I. Hierzu sind drei unterschiedliche Meinungen erkennbar:

Die eine sieht in der Fristsetzung des § 326 Abs. I in erster Linie ein Gestaltungsrecht, das den Erfüllungsanspruch zum Erlöschen und die Sekundärrechte zum Entstehen bringt.

Nach anderer Meinung hat die Fristsetzung vornehmlich den Zweck, den Schuldner noch einmal vor den schweren Folgen seines Unterlassens zu warnen.

Eine weitere Auffassung sieht im § 326 Abs. I einen Spezialfall des Interessenwegfalls des § 326 Abs. II, bei dem die Fristsetzung den Nachweis des Interessenwegfalls überbrückt.

II. Die Lösungsversuche seit den Erkenntnissen Staubs.

1. Die Lehre Staubs von den positiven Vertragsverletzungen: Grundlagen - Rechtsfolgen - heutiger Stand.

Mit seiner für den 26. Deutschen Juristentag geschriebenen Abhandlung "Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen"¹ hat Staub einen entscheidenden und heute allseits anerkannten Beitrag zur Behandlung der unterschiedlichsten Formen von Leistungsstörungen im Rahmen vertraglicher Beziehungen erbracht. Ausgangspunkt dieser Lehre war die Erkenntnis, daß im BGB mit den Regelungen der Unmöglichkeit und des Verzuges bei weitem nicht alle Leistungsstörungen erfaßt werden konnten. Insbesondere waren es die Fälle, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzte, indem er nämlich etwas tat, was er unterlassen sollte, und die Fälle, in denen eine Leistung, die zu bewirken war, zwar erbracht wurde, jedoch in fehlerhafter Weise.

Diese Fälle waren im BGB nicht geregelt. Zwar war vereinzelt versucht worden, sie unter verschiedene Tatbestände des BGB zu subsumieren, jedoch geschah dies durch eine kaum zu vertretende Ausweitung und Ausdeutung einzelner Vorschriften:

So wurde versucht, in § 276 nicht nur eine Definition der zivilrechtlichen Schuld, sondern eine selbständige Haftungsnorm für schuldhaftes Pflichtverletzungen zu sehen.² Dieser Auffassung steht jedoch das Argument entgegen, daß dann ja z.B. der § 286 gänzlich überflüssig wäre, weil der Verzug nach § 285 bereits Verschulden voraussetzt und somit ohnehin bereits gem. § 276 Schadensersatz

¹Abgedruckt in: Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag, S. 29 ff., ferner in seiner 1904 erschienenen Schrift "Die positiven Vertragsverletzungen", nach der im folgenden zitiert wird.

²So z.B. Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 65, ferner Dernburg in DJZ 1903, S. 1, auch RGZ 52, 18; 53, 202.

zu leisten wäre. Die Schaffung einer zusätzlichen Schadensersatznorm für schuldhaftes Verhalten wäre dann unverständlich.

Auch wurden z.T. sämtliche Zweifelsfälle unter § 280 subsumiert. Stelle z.B. ein Gesellschafter eine falsche Bilanz auf, deretwegen die Gesellschaft dann auch falsch und selbstschädigend disponiere, dann sei die vertragsmäßige Leistung des Gesellschafters, nämlich die Aufstellung der richtigen Bilanz eben durch das Aufstellen der falschen Bilanz unmöglich geworden.¹ Dabei wurde jedoch fälschlicherweise die Frage, ob Unmöglichkeit vorliegt, ex post beurteilt, statt daß der Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistungspflicht zugrundegelegt wurde. In Wahrheit war die Aufstellung der richtigen Bilanz durchaus möglich gewesen. Anderenfalls wäre hier auch der § 326 unnötig, denn es läge immer Unmöglichkeit vor, weil die geschuldete rechtzeitige Lieferung ex post nicht mehr möglich ist.

Staub erkannte, daß hier in Wahrheit eine Gesetzeslücke vorliegt. Der Gesetzgeber hat zwar die Unmöglichkeit, den Verzug und für bestimmte Vertragstypen die mangelhafte Leistung (Gewährleistung) geregelt, nicht erfaßt hat er jedoch die allgemeine Schlechterfüllung einer Leistung, sowie den Verstoß gegen Neben- und Sorgfaltspflichten.

Diese Lücke hat Staub mit einer Analogie zum Tatbestand des § 286 überwunden, indem er diesem den allgemeinen Rechtsgrundsatz entnahm, daß derjenige, der eine Verbindlichkeit durch eine positive Handlung verletzt, dem anderen Teil den hierdurch entstehenden Schaden zu ersetzen hat.² Die genauen Rechtsfolgen dieses Rechtsgrundsatzes hat er dann wiederum einer Analogie zum § 326 entnommen.³ Dabei ging

¹Goldmann u. Lilienthal, BGB, Bd. I, S. 333 ff.

²Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904, S. 15.

³ebenda, S. 23.

Staub davon aus, daß dem Gläubiger mit einem bloßen Schadensersatz wegen Pflichtverletzung nicht gedient sei, weil insbesondere bei Lieferungsverträgen dem Gläubiger nicht zugemutet werden könne, immer wieder die schlechte Leistung anzunehmen und sich mit dem zusätzlichen Schadensersatzanspruch zu begnügen. Hier zog Staub die Interessenlage des § 326 heran. Wenn dort dem Gläubiger für den Fall, daß der Schuldner etwas unterläßt, was er tun soll, ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gegeben werde, so sei man wohl berechtigt, analog ein solches Wahlrecht auch dann zu gewähren, wenn eine wesentliche Vertragspflicht durch positives Tun verletzt werde. Staub stellte somit den Satz auf:

"Wer positive Rechtsverletzungsakte vornimmt, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, muß sich gefallen lassen, daß die Rechtsfolgen dieser Pflichtverletzungen ebenso beurteilt werden, wie die Pflichtverletzung desjenigen, der durch sein negatives Verhalten, durch schuldhaftes Verzug der geschuldeten Leistung die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet."¹

In diesen Fällen könne dem vertragsgetreuen Teil nicht zugemutet werden, abzuwarten, bis der andere Teil durch Fortsetzung der Rechtsverletzung den Vertragszweck vollständig vereitelt. Dabei verlangte Staub jedoch nicht das Vorliegen des Tatbestandes des § 326, nämlich Verzug und Fristsetzung, sondern verblieb vielmehr hinsichtlich des Haftungsbestandes allein bei § 286. Verzug und Fristsetzung waren mithin nicht erforderlich, um die o.g. Rechtsfolgen zu begründen.² Somit suchte Staub die Lösung sämtlicher dieser

¹ Staub, a.a.O., S. 23.

² Staub, ebenda, S. 24; Verzug und Fristsetzung sind für Staub aber u.U. erforderlich, um die PVV erst erheblich zu machen, genauer, um eine hinreichende Vertragszweckgefährdung zu erreichen.

Problemfälle nicht über die Deduktion der Tatbestandsmerkmale einer einzigen Vorschrift, insbesondere des § 326, sondern nahm hinsichtlich des Tatbestandes eine Analogie zu § 286 vor und zog erst die Rechtsfolgen aus einer Analogie zu § 326, ohne dabei aber diesen Tatbestand zu prüfen.

Staub selbst hat bei der Entwicklung dieser Theorie nicht einmal an den Fall der Erfüllungsverweigerung gedacht.¹ Obwohl er seine Theorie mit einer Vielzahl von Beispielfällen untermauerte, erwähnte er die Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung nicht.

Es war gerade nicht Staub, sondern das Reichsgericht, welches die Gedanken von den positiven Vertragsverletzungen erstmalig auch auf den Fall der Erfüllungsverweigerung anwandte.² Erst danach hat Staub selbst auch die Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung angesehen und damit die Rechtsfolgen des § 326 ohne eine Prüfung des Tatbestandes des § 326 eingreifen lassen.³

Nachdem zwischenzeitlich versucht wurde, diese Lehre als überflüssig und systemwidrig abzutun,⁴ hat sie sich heute allgemein durchgesetzt. Hinsichtlich der Tatbestände wurde sie dabei immer mehr erweitert. Dabei hat Köpcke⁵ zwei Hauptgruppen von Typen positiver Vertragsverletzung⁶ herausgestellt:

¹ Staub hatte zuvor eine sofortige Anwendung der Rechtsfolgen des § 326 Abs. I für die Erfüllungsverweigerung immer abgelehnt, s.o. S. 17, wobei er aber in erster Linie die Deduktion des § 326 Abs. I bekämpfte.

² RG in DJZ 1904, S. 345; diese Entscheidung wird unten S. 36 noch näher besprochen.

³ vergl. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, 1904, S. 50 ff., er gewährt damit die Rechtsfolgen, die er zuvor entschieden verweigert hatte, s.o. S. 17, 25.

⁴ vergl. Stoll, Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen, in AcP 136, 257; Himmelschein in AcP 135, 255.

1. Die Schlechtleistung, bei der der Schuldner die Hauptleistung zwar erbringt, jedoch nicht so, wie sie geschuldet wurde.
2. Die Vertrauensverletzung, bei der neben den Hauptpflichten bestehende Nebenpflichten¹ wie insbesondere Mitwirkungspflichten, Schutzpflichten und sonstige Treuepflichten verletzt werden.

Als Rechtsfolgen positiver Vertragsverletzungen bieten sich an: der allgemeine Schadensersatzanspruch, der neben dem weiterbestehenden Erfüllungsanspruch gewährt wird, ein Recht auf Rücktritt sowie ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung bei erlöschendem Erfüllungsanspruch.²

Umstritten war nach Staub jahrelang die Begründung für diesen Haftungstatbestand und seine Rechtsfolgen sowie deren Herleitung aus dem Recht der Leistungsstörungen des BGB. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung noch in § 276 eine allgemeine Schadensersatzpflicht und gleichzeitig die Rechtsgrundlage für die pVV gesehen.³ Hinsichtlich der genauen Rechtsfolgen hat das Reichsgericht dann aber wie Staub eine Analogie zu § 326 angenommen.⁴

⁵Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzungen, S.30,65; vergl. auch Larenz, Schuldrecht I, § 24 Ia, S. 296.

⁶Es ist heute allgemein anerkannt, daß die Bezeichnung "positive Vertragsverletzung" nicht haltbar ist, vergl. Larenz, Schuldrecht I, § 24 Ia, S. 299, sie soll hier jedoch, da sie sich allgemein eingebürgert hat, der Einfachheit halber weiterbenutzt werden.

¹bei Larenz, a.a.O., S. 296 "weitere Verhaltenspflichten" genannt.

²siehe dazu Köpcke, a.a.O., S. 133 ff.

³vergl. RGZ 52, 8 (19); 53,200 (201); 62,119 (120); 106, 22 (26); 117,315 (316); 144,162; der Auffassung des RG folgten seinerzeit ferner: Krückmann in AcP 101, 109 ff; Dernburg in DJZ 1903,2; Kipp in DJZ 1903,254.

⁴vergl. RGZ 54,98; 93,285 ff.; 161,330 (337).

Der überwiegende Teil der Literatur sieht jedoch heute wie seinerseits Staub in § 276 nur eine Verschuldensdefinition. Eine allgemeine Haftungspflicht für schuldhaftes Pflichtverletzungen entnimmt man einer Analogie zu den gesetzlich normierten Haftungstatbeständen. Diese Analogie orientiert sich heute sowohl an Verzugs- als auch Unmöglichkeitsvorschriften.¹

Der BGH ist der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht gefolgt, sondern hat in § 276 BGB nur einen Haftungsmaßstab, aber keine Rechtsfolgeanordnung gesehen. Die Rechtsgrundlage der pVV hat der BGH selbst demgegenüber kaum begründet. In seiner grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1953² führt er aus:

"Jede schuldhaftes Leistungsstörung, die durch eine Verletzung dieser im weitesten Sinne aufzufassenden 'Vertragspflichten' den Vertragsgegner schädigt, begründet eine Verpflichtung zum Schadensersatz. Dieser in Rechtsprechung und Rechtslehre allgemein anerkannte Rechtssatz ist auch ohne ausdrücklichen Ausspruch als Gesetzesinhalt anzusehen; er ergibt sich zumindest aus der rechtsähnlichen Anwendung der Bestimmungen über die Folgen der verschuldeten Unmöglichkeit und des Verzuges (vgl. §§ 280, 286, 325, 326 BGB)."

Der BGH betont weiter, daß die sich aus §§ 326, 326 ergebenden Rechte ihren Rechtsgrund letztlich in § 242 finden.³ Seit der Anerkennung der pVV-Lehre sind auch andere dazu übergegangen, wie der BGH in o.g. Entscheidung, von einer unmittelbaren Einordnung der pVV in das System des BGB Abstand zu nehmen und stattdessen diese bereits als Gewohnheitsrecht anzusehen.⁴

¹So die wohl h.M. vgl. Palandt-Heinrichs a.a.O., m.w.N.; Larenz, Schuldrecht I, § 24 Ia, S. 299, m.w.N.

²BGHZ 11, 80 (83).

³BGH a.a.O., S. 84.

⁴So schon früh Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, S. 542; Soergel-Siebert-Schmidt, Rdn. 37 vor § 275.

2. Die Lösung des Problems seit der Anerkennung der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen.

a) Die Lösungsversuche der Rechtsprechung.

Die Gedanken Staubs wurden von der Rechtsprechung sofort aufgegriffen. In seiner Entscheidung vom März 1903¹ führt das Reichsgericht aus, daß das BGB mit den §§ 325 und 326 zwar die Unmöglichkeit und den Verzug geregelt und besondere Rechtsfolgen für diese Fälle vorgesehen habe, jedoch eine dritte Art schuldhaften Verhaltens, die positiven Vertragsverletzungen, nicht erfasse. Auf diese Fälle will das Reichsgericht die Rechtsfolgen Rücktritt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Analogie zu § 326 für den Fall angewandt wissen, daß diese positive Vertragsverletzung die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet. Die positive Vertragsverletzung, die den Vertragszweck gefährdet, war damit wie der Verzug nach Fristsetzung und Ablehnungsandrohung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit hinsichtlich der Rechtsfolgen gleich zu behandeln, ohne daß die Tatbestände des Verzuges oder der Unmöglichkeit auch nur teilweise vorliegen mußten. Von daher bot sich dieser Weg gerade auch für die Fälle der Erfüllungsverweigerung an.

Im Jahre 1904² wurde dann auch die Erfüllungsverweigerung als eine derartige positive Vertragsverletzung angesehen. Dabei wurde zunächst nur die Erfüllungsverweigerung i.S. eines unberechtigten und vertragswidrigen Sichlossagens (Annullierung) des Vertrages als einer besonders starken Form der Erfüllungsverweigerung behandelt. Diese gefährde den Vertragszweck und berechtige als positive Vertragsverletzung zur Anwendung der Rechtsfolgen des § 326. Auf die Tatbestandsmerkmale des § 326 wurde dabei konsequenterwei-

¹RGZ 54, 98.

²RG in DJZ 1904, 342 (345).

se nicht eingegangen. Damit wurde das Problem erstmalig losgelöst vom Tatbestand des Verzuges ausschließlich über die Grundsätze der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen erörtert, ohne daß gleichzeitig der konstruktiv umständliche Weg über den Verzichtsgedanken mittels einer Bindung an den angeblichen Verzichtswillen des sich Weigern-den begangen werden mußte. Dieser neuen Lösung folgte das Reichsgericht dann später auch in einer Reihe weiterer Entscheidungen.¹

Die positive Vertragsverletzung wurde dabei definiert als "nicht ganz unerhebliche Zuwiderhandlung einer Partei gegen ihre vertragsmäßigen Pflichten, die den Vertragszweck derart gefährdet, daß dem vertragstreuen Teil bei Berücksichtigung der Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht mehr zuzumuten ist."² Die Zumutbarkeit könne aufhören entweder deshalb, weil die bisherigen Vertragsverletzungen derart sind, daß auch für die Zukunft die weitere Vertragserfüllung nicht zu erwarten ist oder deshalb, weil diese künftige Nichterfüllung sich aus einer ausdrücklichen, ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung ergibt.³ Die entscheidenden Gesichtspunkte waren damit die Vertragszweckgefährdung und der Unzumutbarkeitsgedanke, die allein, ohne jede Tatbestandsvoraussetzung des § 326 zur Anwendung der Rechtsfolgen dieser Vorschrift führten.

Diese konsequente Übernahme der Staub'schen Überlegungen war jedoch nicht immer erkennbar. Zwar wurde in den meisten Entscheidungen der Begriff der positiven Vertragsverletzung herangezogen, die eigentliche Aussage der Staub'schen Theorie dann in Wahrheit aber nicht auf das Problem der Erfül-

¹vergl. RGZ 57, 105 (113); 104,275 (278); 106,22 (25).

²RG in JW 1929, 1632 (1633); RG in JW 1936, 2391 unter Ziff. 7.

³RG in JW 1936, a.a.O.

lungsverweigerung übertragen. Man trennte sich nämlich nicht immer ganz von den Tatbestandsvoraussetzungen des § 326: Das Reichsgericht zog den Begriff der positiven Vertragsverletzung dann besonders gerne heran, wenn es sich um eine Erfüllungsverweigerung vor Verzug handelte.¹ Es betonte hierbei ausdrücklich², daß die positive Vertragsverletzung, die in der ernstlichen Erfüllungsverweigerung als einem Sich-lossagen vom Vertrag zu sehen sei, zwar grundsätzlich nichts an den materiellen Voraussetzungen des Schuldnerverzuges ändere, jedoch von der Mahnung entbinde. Hier, wie auch in einigen anderen Entscheidungen³, verläßt man sich also nicht allein auf die Theorie der pVV, sondern nimmt eine tatbestandliche Einordnung der Erfüllungsverweigerung unter § 326 vor, statt wie Staub und auch die oben erläuterte Entscheidung aus dem Jahre 1904⁴ auf die selbständige Pflichtverletzung Erfüllungsverweigerung abzustellen, die zu einer Anwendung lediglich der Rechtsfolgen des § 326 führte. Dies wird besonders deutlich, wenn sogar die Verweigerung einer Hauptpflicht verlangt wird.⁵ Die positive Vertragsverletzung wird in diesen Entscheidungen lediglich als Mittel benutzt, um bei einer Subsumtion im Rahmen des Tatbestandes des § 326 dessen Tatbestandsmerkmale - den Verzug und dabei die Mahnung oder auch die Fristsetzung - für überflüssig zu erklären. Ausgangspunkt bleibt dabei dann aber jeweils der Tatbestand des § 326 und nicht die eigentliche positive Vertragsverletzung als selbständiger Haftungstatbestand. Dies ist um so verwunderlicher, als die Rechtspre-

¹vgl. RGZ 57, 105; 67, 313 (317, 319); 93, 285 (287); 96, 342.

²RGZ 67, 317 (319).

³RGZ 120, 54 (57), so jedoch nur von Vertragspflichtverletzung und nicht von positiver Vertragsverletzung gesprochen wird; ferner RGZ 171, 301.

⁴RG in DJZ 1904, 342 (345).

⁵So RGZ 171, 301.

chung in § 276 sogar die allgemeine Schadensersatzpflicht des Schuldners für schuldhaftige Vertragspflichtverletzungen sah¹, folglich eine derart enge Bindung an den Tatbestand des § 326 gar nicht erforderlich gewesen wäre. Insoweit übernahm die Rechtsprechung die Lehre Staub's, die darauf abstellt, daß eine schuldhaftige Pflichtverletzung für sich bereits den Haftungstatbestand bildet² und lediglich die Rechtsfolgen für diesen Fall aus § 326 zu entnehmen sind, in Wahrheit nicht, sondern blieb bei ihrem früheren Lösungsweg über den Tatbestand des § 326 Abs. 1.³

Z.T. verließ sich die Rechtsprechung auch nicht allein auf die Lehre von der positiven Vertragsverletzung, sondern unterstützte die mit dieser begründete Lösung durch weitere, bereits früher gefundene Argumente.

So beruft sie sich sowohl auf die positive Vertragsverletzung, als auch auf den Verzichtsgedanken und betont, daß das Hauptanwendungsgebiet der pVV-Lehre wohl bei Sukzessivlieferungsverträgen liegen dürfe.⁴ Diese Zurückhaltung zeigt sich auch darin, daß man diese von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze nur auf den Einzelfall bezogen sieht und die analoge Anwendung der Rechtsfolgen des § 326 in jedem Einzelfall gesondert untersucht wissen will.⁵ Im übrigen seien sie nur auf handelsrechtliche Verhältnisse zugeschnitten.⁶

¹S.o. S. 34, Fn. 3.

²Sei es, weil dieser in § 276 festgelegt oder er letztlich dem Gesamtzusammenhang der Verzugs- und Unmöglichkeitsschriften zu entnehmen ist.

³In RGZ 149, 401 (404) führt das RG sogar aus, die positive Vertragsverletzung gebe nach § 325 das Recht zum Rücktritt.

⁴RGZ 57, 105 (114, 115).

⁵RGZ 63, 100 (103).

⁶ebenda.

Auch wurde zusätzlich auf einen Interessenwegfall abgestellt und unter § 326 Abs. II subsumiert.¹

Häufig löste die Rechtsprechung das Problem jedoch auch genau wie vor der Staub'schen Lehre ohne jegliche Berücksichtigung des pVV-Gedankens. So tauchte immer wieder die Verzichtslösung auf, nach der das Fristbestimmungserfordernis nach dem erklärten Willen des sich Weigernden entbehrlich wurde.²

In einer Vielzahl von Entscheidungen stellte das Reichsgericht auch lediglich wieder allein auf den Sinn und Zweck des Fristsetzungserfordernisses ab und führte mit knappen Begründungen aus, daß diese eben im Falle der Erfüllungsverweigerung zwecklos und überflüssig sei.³

Bei der Erfüllungsverweigerung vor dem Verzugsstadium überbrückte die Rechtsprechung weiterhin die fehlende Mahnung.⁴ Dabei wurde sogar auf die Fälligkeit der Leistung verzichtet.⁵ Soweit der Tatbestand der Erfüllungsverweigerung hinsichtlich seiner Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit nicht eindeutig war, wurde die Mahnung und die Fristsetzung als Mittel, den Tatbestand der Erfüllungsverweigerung zu klären, zugelassen, ohne daß sie aber für die Rechtsfolgen

¹RGZ 104,27 (28).

²vergl. RGZ 56,231 (234); 66,421; RG in JW 1910, 146; 1912, 140.

³RGZ 108,69; 90,317 (318); 102,262 (266); 121,130 (132); RG in Recht 1920 unter Ziff. 602.

⁴vergl. RGZ 57,105; 67,313 (317); 96,342; 156,113 (120) letztere allerdings ohne eine pVV zu erwähnen.

⁵RGZ 93,285, anders allerdings die Entscheidung des Reichsgerichts in LZ 1919, S. 591 unter Ziff. 5, nach der auch eine ernstliche und endgültige Erfüllungsverweigerung den Verzug nicht vor der Fälligkeit der Schuld bewirkt. Bei dieser Entscheidung ging es allerdings auch nicht um die Anwendung der Rechtsfolgen des § 326, sondern um die Frage der Zufallshaftung im Verzugsstadium (§ 287 S. 2).

bei klarem Erfüllungsverweigerungsstatbestand erforderlich waren.¹

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes brachte hierzu bis heute keine grundlegenden Änderungen. Die bereits vom Reichsgericht entwickelten Lösungsformen wurden beibehalten und neue Gedanken nicht entwickelt. Vielfach löst man das Problem heute lediglich mit einem Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, ohne eine nähere eigene Begründung zu geben.² So werden vom BGH in wechselnder Reihenfolge mit Ausnahme der Verzichtstheorie die unterschiedlichen Lösungswege des Reichsgerichts übernommen. Dabei wird die Begründung wiederum z.T. ausschließlich aus den Grundsätzen der pVV³ gefunden, z.T. werden diese nur zusätzlich unterstützend herangezogen,⁴ z.T. werden die pVV-Gedanken nicht einmal erwähnt.⁵

Die Fälle der Erfüllungsverweigerung vor dem Verzugsstadium löst der BGH ohne jede eigene Begründung ausschließlich mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁶ und überbrückt damit außer dem Fristsetzungserfordernis auch die fehlende Mahnung.⁷ Doch hat der BGH auch bereits bei einer anderen Frage mittels der pVV-Lehre die fehlende Fälligkeit überwunden.⁸

¹RGZ 96, 342.

²vgl. BGHZ, 2, 310 (313); BGH in MDR 1964, 409 unter Ziff. 55.

³vgl. BGH in DB 1976, 238; BGHZ 11, 80; BGH in MRD 1949, 425; 58, 423 unter Ziff. 48; 61, 224 (226); 63, 301 (302); BGH in NJW 1958, 1531; 1969, 40.

⁴vgl. BGH in BGHZ 49, 50 (59), wobei diese Entscheidung das Ergebnis aber losgelöst vom Tatbestand des § 326 sucht, dabei von den pVV-Grundsätzen ausgeht und diese dann mit dem Gedanken des reinen Formalismus einer Fristsetzung unterstützt.

⁵BGH in DB 1957, 1048; 1971, 1204; BGH in MDR 1961, 314 unter Ziff. 47; 409 unter Ziff. 55; BGH in NJW 1963, 1347; 1973, 2211; BGH in JZ 1965, 452.

⁶z.B. die Entscheidungen in RGZ 67, 317; 96, 341.

⁷vgl. BGHZ 2, 310; BGH in WM 1974, 306 unter Ziff. 3.

⁸BGH in NJW 1974, 1080, es handelt sich allerdings hierbei um eine Entscheidung zu § 8 Nr. 9 Abs. II VOB.

Bei den Entscheidungen, die den Weg über die pVV gehen, wird weiter darauf abgestellt, daß durch die Erfüllungsverweigerung eine Vertragszweckgefährdung eintritt.¹ Allein diese Gefährdung führe - ohne daß eine tatsächliche Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen vorliege - dazu, daß das Vertrauensverhältnis stark erschüttert wird, somit ein Festhalten am Vertrag für den anderen nicht mehr zumutbar sei. Die positive Vertragsverletzung wird damit in der Gefährdung gesehen, die besonders harte Rechtsfolge der möglichen Lösung des Vertrags durch Gewährung des Rücktrittsrechts oder nach der herrschenden Lehre auch durch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung² wird mit der Unzumutbarkeit des Fortbestehens der vertraglichen Bindung für den Gläubiger begründet. So betont der BGH³, daß die Rechtsgrundlage der pVV z.T. in einer Analogie z.T. in § 242 zu sehen sei. Entscheidender Gesichtspunkt sei die unzumutbare Gefährdung des Vertragszwecks. Die Rechtsgrundlage gerade für die schweren Rechtsfolgen sieht der BGH letztlich überwiegend in § 242.⁴ Da-

¹DB 1976, 238; MDR 1949, 425; MDR 1961, 224 (225); BGHZ 11, 80 (84); in MDR 1958, 423 unter Ziff. 48 stellt der BGH auf eine Interessengefährdung beim Gläubiger ab, ohne allerdings darzulegen, ob dies eine Erweiterung der pVV-Lehre beinhaltet.

²N.h.M. bedeutet "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" soviel wie "Schadensersatz für die Nichtausführung des Vertrages". Der Gläubiger braucht seine Gegenleistung nicht mehr zu erbringen, das Austauschverhältnis fällt dahin, an seine Stelle tritt eine einseitige Geldforderung des ersatzberechtigten Gläubigers in Höhe der Wertdifferenz, d.h. des Betrages, den der Wert der nicht mehr zu erbringenden Leistung die nun ersparte eigene Gegenleistung übersteigt = sog. Differenztheorie vgl. Staffel, AcP 92, 467 ff.; ständige Rspr. RGZ 50, 262; 127, 228; 149, 136 BGHZ 30, 338 (343); vgl. auch Larenz, Schuldrecht I § 22 II b, S. 277 m.w.N.

³BGHZ 11, 80 ff. = NJW 1954, 229.

⁴BGH a.a.O., S. 84. Diese Bindung der Vertragslösung an Treu und Glauben und die zusätzliche Voraussetzung der Unzumutbarkeit wird vom BGH bei der pVV allgemein, d.h. nicht nur für den Fall der Erfüllungsverweigerung vorgenommen, vgl. BGH in DB 1961, 63 r. Sp.

nach ist eine Verletzung erforderlich, die nicht nur den Vertragszweck gefährdet, sondern die dem Verletzten infolge dieser Gefährdung die Fortsetzung des Vertrages unzumutbar macht.¹ Stellt die Erfüllungsverweigerung eine derartige Pflichtverletzung dar, dann greifen die Rechtsfolgen des § 326 ein, ohne das Mahnung, Fristsetzung und Ablehnungsandrohung erforderlich sind.

Soweit der BGH das Problem ohne die Zuhilfenahme der pVV-Lehre löst, beruft er sich, wie auch schon das Reichsgericht, auf das Argument, daß die Fristsetzung und Ablehnungsandrohung bei vorangegangener Erfüllungsverweigerung des Schuldners nur eine leere Form wäre, wenn es nach Lage der Sache ausgeschlossen sei, daß der Schuldner bei Nachfristsetzung erfüllen werde.² Dabei wird der Sinn und Zweck der Fristsetzung darin gesehen, den Schuldner vor die Frage zu stellen, ob er die Folgen des § 326 Abs. I auf sich nehmen oder durch nachträgliche Erfüllung diese Folgen von sich abwenden soll.³

Ein besonderes System, etwa nach unterschiedlichen Tatbeständen der Erfüllungsverweigerung, lassen die BGH-Entscheidungen hinsichtlich ihrer unterschiedlichen Lösungswege nicht erkennen. Diese scheinen vielmehr willkürlich gewählt.

¹BGH, a.a.O., S. 86; diese Entscheidung betont jedoch, daß der reine Vertrauensschaden bereits bei jeder Vertragspflichtverletzung zu ersetzen sei und stellt die Voraussetzung der Unzumutbarkeit nur für die Anwendung der Rechtsfolgen des § 326, a.a.O., S. 84.

²vgl. BGH in DB 1957, 1048; 1971, 1203; NJW 1971, 798.

³BGH in MDR 1961, 314 unter Ziff. 47.

Ergebnis der Untersuchung zu 2a):

Festzustellen ist demnach, daß die Rechtsprechung zwar die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen anerkannt hat und auch die Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung behandelt, häufig aber gleichwohl die Lösung über den Tatbestand des § 326 sucht, wobei dann die pVV-Gedanken z.T. nur unterstützend oder überhaupt nicht herangezogen werden. Eine klare Trennung zwischen der Subsumtion unter § 326 Abs. I und der Subsumtion unter den Haftungstatbestand der pVV wird jedenfalls nicht vorgenommen.

b) Die weitere Entwicklung in der Wissenschaft

(1) Lösungswege außerhalb der pVV-Lehre

Obwohl die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen nach anfänglichen Gegenstimmen bald allgemein anerkannt wurde, wurden und werden in der Literatur hinsichtlich des Problems der Erfüllungsverweigerung zahlreiche Lösungswege vertreten, die die Erkenntnisse Staubs unberücksichtigt lassen.

Vereinzelte wurde zunächst weiter versucht, das Fristsetzungserfordernis aufrechtzuerhalten und allein an die Erfüllungsverweigerung noch keine Rechtsfolgen zu knüpfen. Am weitesten ging hier Oertmann¹, der die Rechtsprechung mit dem Argument bekämpft, es lasse sich nicht immer leicht feststellen, ob die Erfüllungsverweigerung ernstlich gemeint sei. Erst wenn es nach gestellter Nachfrist Ernst werde, habe der Schuldner Anlaß, sich die Folgen seines Verhaltens entscheidend zu überlegen. Es sei anzunehmen, daß er in zahlreichen Fällen nunmehr von der anfänglichen Weigerung Abstand nehmen werde. Soweit die Rechtsprechung

¹Oertmann, BGB, S. 296 m.w.N.

jedoch die Ernstlichkeit und Ernsthaftigkeit der Erfüllungsverweigerung festgestellt haben will, stimmt Oertmann ihr zu, will die Erfüllungsverweigerung jedoch nicht als positive Vertragsverletzung behandelt wissen, sondern sieht den richtigen Gesichtspunkt in einem Vertragsbruch, der allein eine Schadensersatzpflicht begründe.¹

Lehmann² ist der Auffassung, die Gefährdung des Vertragszweckes, auf die die pVV-Lehre abstellt, erspare keineswegs die Fristsetzung. Wenn die analoge Anwendung des § 326 nicht zur reinen Willkür ausarten solle, sei zur sofortigen Geltendmachung der Rechte aus § 326 unbedingt der Wegfall des Interesses erforderlich.³ Dieses falle aber keineswegs immer schon infolge der Erfüllungsverweigerung allein weg. Lehmann will die Rechte aus § 326 unmittelbar nur für den Fall geben, daß die Erfüllungsverweigerung einen rechtsgeschäftlichen Verzicht auf die Fristsetzung enthält.

Auch Siber⁴ hält weiterhin an dem Fristsetzungserfordernis weiterhin fest, sieht allerdings bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit die Mahnung als überflüssig an. Diese unterschiedliche Behandlung des Mahnungs- und des Fristsetzungserfordernisses begründet er mit dem grundlegend verschiedenen Zweck dieser Gläubigerobliegenheiten. Die Mahnung habe den Zweck, die Forderung vollfällig zu machen. Sie sei nur erforderlich nach § 285, wenn ohne sie eine Vergeßlichkeit oder sonstige Unkenntnis des Schuldners als unverschuldet gelten könne. Der Zweck der Fristsetzung hingegen sei ein anderer: wo nicht schon das Interesse des Gläubigers infolge des Verzuges weggefallen sei, führe eine gerechte Abwägung der beiderseitigen Inter-

¹ a.a.O., S. 297.

² Lehmann, AcP 96, 112.

³ ähnlich Stoll, AcP 136, 307, 308.

⁴ Planck-Siber, 2 d zu § 326.

essenlage dazu, den sofortigen Eintritt der über die gewöhnliche Verzugswirkung hinausgehenden Folgen des § 326 als unnötige Härte gegen den Schuldner erscheinen zu lassen. Darum knüpfe das Gesetz diese Rechtsfolgen nicht unmittelbar an den Verzugseintritt, sondern erst an den vergeblichen Ablauf einer frühestens mit dem letzteren beginnenden Überlegungsfrist. Weiter verlange das Gesetz - weil die Rechtsfolgen dem Schuldner nur bei sehr genauer Rechtskenntnis völlig bewußt sein werden - einen wenigstens indirekten Hinweis auf diese, der ihm klar machen soll, daß er bei fortgesetzter Säumnis nicht mit der nachträglichen Erfüllung und dem Ersatz des bloßen Verspätungsschadens davon kommen werde. Wenn darum die Erfüllungsverweigerung dem Gläubiger die Mahnung, das sei eine nach den Umständen überflüssige bloße Erklärung, erspare, so könne daraus keinesfalls geschlossen werden, daß sie ihm auch das Abwarten einer Frist ersparen müßte. Auch eine Lösung über die Grundsätze der positiven Vertragsverletzung lehnt Siber ab.¹ Er sieht in den Fällen der positiven Vertragsverletzung lediglich die Grundlage für eine Kündigung mit ex-nunc-Wirkung (und will sie damit wohl auf Dauer-schuldverhältnisse beschränken) oder eine Schadensersatzpflicht nach § 286 hinsichtlich des durch die Vertragspflichtverletzung verursachten Vertrauensschadens. Rücktrittsrechte und Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages lehnt Siber für die pVV ab.

Demgegenüber hält Zitelmann² gerade die Mahnung bei der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung noch für erforderlich. Seiner Auffassung nach beruhen die Rechtssätze über den Verzug auf dem Grundgedanken, daß die Nichtbewirkung einer geschuldeten Leistung an sich noch nicht rechtswidrig, noch keine Verletzung des gegnerischen Anspruchs ist, daß viel-

¹Planck-Siber 5c zu § 326.

²Zitelmann, Selbstmahnung, S. 290.

mehr die Verpflichtung nach ihrer zeitlichen Seite hin erst noch "zugespitzt" werden müsse. Statt des allgemeinen "leiste überhaupt" müsse ein bestimmteres "leiste sofort" anbefohlen sein.¹ Daß diese "Zuspitzung" auch noch im Falle der Erfüllungsverweigerung erforderlich sei, entnimmt Zitelmann einem Vergleich der Erfüllungsverweigerung mit der Annahmeverweigerung²: nach § 295 wird durch die vorherige Erklärung des Gläubigers, daß er die Leistung nicht annehmen werde, das nachherige Angebot der Leistung, wenigstens das wörtliche, nicht überflüssig; die Erfüllungsverweigerung verhält sich nach Auffassung Zitelmans zur Mahnung wie sich die Annahmeverweigerung zum Angebot verhält. Bei der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung bleibe immer noch in der Zukunft eine Sinnesänderung zu hoffen und es sei dem Gläubiger daher gleichwohl aufzuerlegen, durch die Mahnung dem Schuldner den Ernst der Lage und die Folgeschwere seines Entschlusses vor Augen zu führen.

Diese einschränkenden Auffassungen haben sich jedoch nicht durchsetzen können. Man ist heute nahezu einhellig³ der Auffassung, daß der Gläubiger bei einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Schuldners ohne weiteres die Rechte des Rücktritts oder des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung geltend machen kann, ohne an die Voraussetzungen des § 326 gebunden zu sein. Dabei werden diese Rechte auch im Fall der Erfüllungsverweigerung vor Verzug und vor Fälligkeit gegeben. Sehr unterschiedlich sind jedoch weiterhin die dogmatischen Begründungen dieser Rechtsfolgen.

So hat zunächst Adler⁴ die Verzichtstheorie des Reichsge-

¹ a.a.O., S. 286.

² a.a.O., S. 290.

³ a.A. aber auch heute noch Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, III 3b,bb), S. 149, siehe unten S. 59, vergl. auch Westhelle, Nichterfüllung u. positive Vertragsverletzung, S. 69 ff.

⁴ ZHR 86, 15 ff.

richs aufgegriffen, dabei aber die strengen Voraussetzungen betont, die an den Tatbestand der Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung zu stellen sind. Unterstützend zieht Adler ebenfalls das bereits bekannte Argument heran, daß es bei der Erfüllungsverweigerung unverständlich und zwecklos sei, eine Nachfrist zu setzen. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit behandelt Adler wie die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit, betont aber, daß die Rechte aus Verzug jedenfalls erst nach der Fälligkeit eintreten können.

Auch Reimer Schmidt¹ sieht eine von der pVV-Lehre unabhängige Lösung des Problems. Obwohl er hinsichtlich der Rechtsfolgen zum gleichen Ergebnis kommt, betont er, daß die Erfüllungsverweigerung nicht in jedem Fall eine positive Vertragsverletzung enthalte. Die Grundlage für die Rechtsfolgen Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt ohne Fristsetzung sieht er darin, daß sich der Schuldner dann eben nach § 242 auf eine nicht erfolgte Nachfristsetzung nicht berufen könne.

Ebenso behandelt Fikentscher die Erfüllungsverweigerung nicht als positive Vertragsverletzung, sondern als einen reinen Verzugsfall.² Er sieht in ihr einen Spezialfall des Interessenwegfalls und folgt insoweit der bereits erläuterten Auffassung Romeicks.³ Die Besonderheit hierbei besteht nach Auffassung Fikentschers darin, daß der Gläubiger des ihm eigentlich nach § 326 Abs. II bzw. § 286 Abs. II 1 obliegenden Nachweises dieses Interessenwegfalls entoben sei. Der Gläubiger müsse diesen Nachweis nicht mehr erbringen, weil derjenige, der erklärt, nicht leisten zu wollen, auch kein Recht habe, den Gläubiger zu fragen, ob er etwa noch ein Interesse an der Leistung habe. Den Schuldner habe es eben nicht mehr zu interessie-

¹bei Soergel-Siebert, Rdn. 24 zu § 326.

²Fikentscher, § 42 I 2e, S. 185 und § 45 III 1d, S. 216.

³s.o. S. 26.

ren, ob tatsächlich ein Interessenwegfall vorliege. Eine nähere Begründung dafür, daß die Erfüllungsverweigerung als Spezialfall des Interessenwegfalls betrachtet werden kann, gibt Fikentscher nicht.

Für Fritz¹ ist die Theorie Staub's ebenfalls nicht zur Problemlösung geeignet. Er betont, die Erfüllungsverweigerung sei nicht wie die Schlechterfüllung durch den Erfolg, nämlich einem besonderen, über das Interesse an der Leistung hinausgehenden Schaden des Gläubigers gekennzeichnet und ihr Wesen liege auch nicht in der Art der verletzten Verpflichtung (Nebenpflicht), denn die Erfüllungsverweigerung könne bei jeder Leistungspflicht vorkommen.² Ihre Eigenart liege vielmehr darin, daß der Schuldner positiv erkläre, er werde nicht leisten. Eine positive Vertragsverletzung liege aber auch bereits in der noch nicht endgültigen Erfüllungsverweigerung, dennoch knüpfe die Rechtsprechung die Rechtsfolgen des § 326 gerade daran, daß die Erfüllungsverweigerung endgültig ist.³ Fritz wehrt sich dagegen, daß man in der Erfüllungsverweigerung zwar einen Tatbestand erkannt habe, der gegenüber dem Verzug etwas Neues darstellt und daher nicht mit den Verzugsregeln zu meistern sei, man aber gleichwohl § 326 analog anwendet. Es sei merkwürdig, daß Rechtsprechung und ein Teil der Literatur,⁴ um der direkten Anwendung des § 326 auszuweichen, weil sie eine Mahnung und Fristsetzung erfordert, den § 326 entsprechend anwenden will. Es sei eine seltsame Analogie, die darin bestehe, daß man die zur analogen Anwendung herangezogene Vorschrift gerade nicht anwendet.⁴ Auch Fritz sieht in der Erfüllungsverweigerung einen neuen Tatbestand, der sich von § 326 unterscheidet. Ist die Erfüllungsverweigerung nicht eine endgültige, dann ist sie nach Fritz

¹Fritz in AcP 134, S. 197 ff.

²Fritz, a.a.O., S. 197.

³Fritz, a.a.O., S. 204.

⁴Fritz, a.a.O., S. 207.

nach den Regeln des Verzugs zu beurteilen, wobei dann aber die Nachfristsetzung erforderlich bleibe, um die Rechte des § 326 geltend machen zu können, unbeschadet allerdings des Rechts, ohne weiteres den Verzögerungsschaden über § 286 zu realisieren.¹ Bei der endgültigen Erfüllungsverweigerung sei der entscheidende Gesichtspunkt jedoch ein ganz anderer: hier sei gerade die Endgültigkeit der Erklärung der richtigen Anknüpfungspunkt. Hierbei beruft sich Fritz auf das unterschiedliche Wesen von Unmöglichkeit und Verzug.² Letzterer sei gerade durch die Ungewißheit der Situation des Gläubigers charakterisiert. Der Schuldner kann leisten und gibt auch zu, zur Leistung verpflichtet zu sein, aber er leistet gleichwohl nicht. Da aber der Gläubiger diese Ungewißheit auf Dauer nicht ertragen könne, gebe ihm das Gesetz die Möglichkeit, mittels der Voraussetzungen des § 326 die Lage zu klären. Die vom Schuldner zu vertretende Ungewißheit der Leistung gebe dem Gläubiger die besonderen Rechte des § 326. Fritz stellt jetzt fest, daß dem Gläubiger im § 325 die gleichen Rechte wie im § 326 gegeben werden - nur mit dem einen Unterschied, daß in § 325 nicht das umständliche Verfahren des § 326 anzuwenden ist, sondern dort die gleichen Rechtsfolgen unmittelbar eingreifen. Aus der Tatsache, daß § 325 genau wie § 326 Verschulden voraussetzt, zieht Fritz den Schluß, daß der Unterschied zwischen § 325 und § 326 und damit auch der Grund für das Fehlen des Fristsetzungserfordernisses in § 325 ausschließlich darin liege, daß § 325 ein Fall der endgültigen Nichtleistung und § 326 nur ein Fall der vorläufigen Nichtleistung sei. Der Sinn des Fristsetzungserfordernisses sei danach allein der, auch noch insoweit einen Gleichklang zu § 325 herzustellen und die vorläufige Nichtleistung zur endgültigen zu machen.³ Danach sei dann eine völlig identische

¹Fritz, a.a.O., S. 214.

²Fritz, a.a.O., S. 210 ff.

³Fritz, a.a.O., S. 211.

Sach- und Interessenlage zwischen § 325 und § 326 hergestellt, so daß dieselben Rechtsfolgen eingreifen könnten. Nun sei - so Fritz - aber auch die endgültige Erfüllungsverweigerung wegen der Endgültigkeit dieser Erklärung ebenfalls bereits ein Fall der endgültigen Nichtleistung. Daraus ergebe sich, daß die Erfüllungsverweigerung nicht mit dem Verzugstatbestand, sondern mit dem der Unmöglichkeit in Parallele zu setzen sei.¹ Ob der Grund dieser Gewißheit der Nichtleistung in einem mangelnden Können oder in einem schlechten Willen des Schuldners liegt, sei für die Lage des Gläubigers dabei gleichgültig.

Die Erfüllungsverweigerung führt danach für Fritz zur Verschuldenshaftung im Rahmen des § 325.²

Eine Stütze für seine Auffassung sieht Fritz in § 634.³ Dort ist bestimmt, daß der Besteller von dem Unternehmer, der ein mangelhaftes Werk geliefert hat, erst dann Wandlung und Minderung verlangen kann, wenn eine Frist zur Beseitigung des Mangels fruchtlos abgelaufen ist. Nach Absatz II desselben Paragraphen kann die Fristbestimmung jedoch unterbleiben, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird. Zwar will Fritz aus dieser Vorschrift kein allgemeines Prinzip für die Erfüllungsverweigerung entnehmen, da diese Regelung nur speziell für den Werkvertrag geschaffen sei, gleichwohl sieht er in ihr einen Hinweis auf die Gleichstellbarkeit von Unmöglichkeit und Erfüllungsverweigerung.

Die Rechtsfolgen der nichtverschuldeten Erfüllungsverweigerung entnimmt Fritz dem Tatbestand des § 323.⁴ Auch in diesem Fall liege eine endgültige Nichtleistung vor. Wenn das Gesetz dem Schuldner in § 323 die Gefahr des zufälligen Unmöglichwerdens seiner Leistung aufbinde, so sei ihm dies

¹Fritz, a.a.O., S. 212.

²Daß durch die Erfüllungsverweigerung ein Tatbestand geschaffen wird, der der Unmöglichkeit sehr nahe kommt, hat schon das ROHG erkannt, vergl. ROHG 17,224 (226), wo von einem "Akt der Nichterfüllung" gesprochen wird.

³Fritz, a.a.O., S. 215.

⁴Fritz, a.a.O., S. 217.

um so mehr zuzumuten, wenn die Nichtleistung auf seiner Weigerung, also auf seinem eigenen Willen beruht. Andererseits bedeute die Anwendung des § 323 für den Gläubiger den notwendigen Ausgleich für die schwierige Lage, in die ihn die Erfüllungsverweigerung des Schuldners ebensowohl dann bringe, wenn sie entschuldbar, wie wenn sie schuldhaft sei. Er habe in jedem Fall ein Interesse daran, auch seinerseits von der Pflicht zur Gegenleistung befreit zu werden, sobald die Nichtleistung des Schuldners zur endgültigen Gewißheit geworden ist.¹

In neuerer Zeit hat Fritz durch Jakobs² Unterstützung erfahren. Ausgehend von der Feststellung, daß bei den §§ 323, 325, 280 nicht die Unmöglichkeit der eigentliche Haftungsgrund sei, sondern vielmehr der Schuldner immer dann haften solle, wenn als feststehend gelten könne, daß die Leistung nicht mehr zu erwarten sei, will er ebenfalls dem Gläubiger die in §§ 280, 325 bestimmten Rechte gewähren, wenn der Schuldner nicht freiwillig leisten will.³ Die Unmöglichkeit der Leistung sei bei den Unmöglichkeitsvorschriften nicht der Haftgrund, sondern diene nur als Kriterium zum Schutze des Schuldners vor verfrühter Inanspruchnahme auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.⁴

Eine Reihe von Wissenschaftlern stellt weder die Pflichtverletzung des Schuldners, noch den Sinn und Zweck des Fristsetzungserfordernisses in den Vordergrund ihrer Überlegungen, sondern knüpft an das Willensmoment bei dem sich weigernden Schuldner an. Zwar geht man allgemein nicht mehr

¹Fritz beschränkt die Anwendung des § 323 für den Fall der schuldlosen Erfüllungsverweigerung aber nur auf die Fälle der objektiv rechtswidrigen Erfüllungsverweigerung und betont die Nichtanwendbarkeit des § 323, wenn dem Schuldner eine Leistungsverweigerungsrecht zusteht, a.a.O., S. 218.

²Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 49 ff.

³a.a.O., S. 49, 50.

⁴a.a.O., S. 50; zustimmend insoweit auch Westhelle, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, S. 67.

so weit wie das Reichsgericht und unterstellt dem Schuldner einen rechtsgeschäftlichen Verzichtswillen hinsichtlich der Voraussetzungen des § 326 und einen Rechtsfolgeunterwerfungswillen, doch wird der Schuldner gleichwohl an den von ihm geäußerten Nichtleistungswillen gebunden. Er soll an seinem Wort festgehalten werden.

Als Erster hat Krückmann¹ diesen Lösungsweg beschritten. Er bestreitet das Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit mit dem Hinweis, daß vor dem Verzug noch nichts verletzt sein könne. Auch könne der Verzug durch die Erfüllungsverweigerung nicht begründet werden. § 326 sei mithin nicht anwendbar. Die Lösung des Problems sieht er völlig losgelöst vom Tatbestand des § 326 allein in dem Rechtsgrundsatz, daß niemand sich in Widerspruch setzen dürfe mit seinen eigenen ernstlichen Willenserklärungen. Die *exemptio doli generalis* allein gebe die befriedigende Lösung. Der Schuldner wird nach Krückmann bei seinen Worten festgehalten, ohne daß ein rechtsgeschäftlicher Verzicht auf die Voraussetzungen des § 326 konstituiert werden muß.²

Diesen Lösungsweg hat Rabel in die neuere Diskussion eingebracht. In seiner rechtsvergleichenden Untersuchung über die Verkäuferpflichten³ sucht auch er, beeinflusst von der englischen Lehre des "estoppel", die Rechtsfolgen der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung allein aus dem Grundsatz des *venire contra factum proprium*. Rabel betont, daß ein rechtsgeschäftlicher Verzicht nicht angenommen werden könne, da es auf Seiten des die Erfüllung weigernden Schuldners an jeglicher Verzichtsabsicht fehle, zumal der Schuldner häufig erkläre, den Vertrag eben nicht anzuerkennen.⁴

¹Krückmann, AcP 116, 157 (245, 246).

²Dem Lösungsweg Krückmann folgt Hartmann, Erfüllungsverweigerung, S. 35 ff., der die Lehre von den positiven Vertragsverletzungen in Frage stellt und sie für die Problemlösung zudem für unzureichend hält, vergl. Hartmann, S. 24 ff. u. S. 28, 29.

³Rabel, Recht des Warenkaufs I, S. 382 ff.

⁴a.a.O., S. 386.

Der Sachverhalt ist für Rabel gerade ein interessantes Gegenstück zu einem Vertrag: die einseitige Erklärung des Schuldners werde über den Gesichtspunkt des *venire contra factum proprium* durch die einseitige Erklärung des Gläubigers gebunden.¹ Dem Käufer sei dabei vorzuschreiben, unverzüglich seine eigene Annahme der Weigerung zu erklären.²

Auch Emmerich³ zieht diese Gedanken heran. Er geht allerdings anders als Krückmann und Rabel vom Tatbestand des § 326 aus und berücksichtigt bei der Problemlösung zunächst den Sinn und Zweck der Fristsetzung. Emmerich will den Tatbestand des § 326 dann angewandt wissen, wenn die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit erfolgte. In den übrigen Fällen will er das gewünschte Ergebnis vor allem durch die neue Erwägung stützen, daß der Schuldner sich grundsätzlich an seinem eigenen Wort festhalten lassen muß, aufgrund dessen nunmehr feststehe, daß er nicht mehr freiwillig leisten werde. Dieser Tatbestand genüge nach der grundlegenden Wertung des Gesetzes stets, um den Gläubiger zu berechtigen, auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bzw. Rücktritt überzugehen.

Blomeyer⁴ lehnt ebenfalls die Lösung des Problems über die pVV-Theorie ab und unterstützt den Lösungsweg über den Grundsatz des *venire contra factum proprium*. Nicht die Un-

¹a.a.O.

²a.a.O., S. 386; Rabel wehrt sich gegen die Einordnung der Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung, der Gedanke, daß der Käufer durch die Erfüllungsverweigerung in Ungewißheit, ob er die Leistung erhalten werde, gerate, sei unzutreffend, da er im Gegenteil die Gewißheit erhalte, daß er die Leistung nicht bekommen werde. Unter diesen Umständen könne es ihm nur nützlich sein, daß er schleunigst von der festen Absicht des Schuldners erfahre. Die Einordnung der Erfüllungsverweigerung als Unmöglichkeit lehnt Rabel als ausschließlich folgenorientiert ab, a.a.O., S. 385.

³Emmerich in Athenäum-Zivilrecht I, § 14 Ziff. 5, in Jus 1977, 648 vermengt er jedoch alle Lösungsformen (pVV - 326iger Subsumtion - *venire contra factum proprium*).

⁴Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, § 30 II 2b, S. 162, 163.

gewißheit der Leistung sei der Grund für die harten Rechtsfolgen, sondern daß der Gläubiger sich auf die Erklärung des Schuldners verlassen dürfe. Sei diese auch keine Willenserklärung, so wäre doch ein späteres Abgehen davon ein *venire contra factum proprium*. Blomeyer läßt dabei offen, ob er diesen Grundsatz im Rahmen des § 326 abgewandt wissen will, oder ob er die Rechte des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung und des Rücktritts wie offenbar Emmerich und Rabel ohne diesen Tatbestand allein aus diesem Grundsatz ziehen will.

Auch Eike Schmidt¹ legt sich hinsichtlich des anzuwendenden Tatbestandes nicht fest. Er sieht in der Erfüllungsverweigerung einen zwischen § 325 und § 326 liegenden eigenen Tatbestand der Leistungsstörung. Die Erfüllungsverweigerung markiere praktisch einen vom Gesetz nicht geregelten dritten Grund für die Beendigung der Leistungsbeziehung.² Der entscheidende Gesichtspunkt ist auch für ihn, daß der Schuldner beim Wort genommen werden darf. Es sei dem Gläubiger nicht zumutbar, noch überflüssige Fristen oder gar ein Gerichts- bis hin zum Vollstreckungsverfahren abzuwarten, um erst dann auf die längst absehbare Sachlage zu reagieren.³

Sowohl die Gedanken der pVV-Lehre als auch die des "*venire contra factum proprium*" nutzt Leser⁴ zur Problemlösung. Die Fälle der Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit will er über § 326 lösen. Diese Vorschrift könne auf diesen Fall direkt angewandt werden, durch die Erfüllungsverweigerung

¹bei Esser I 2, § 28 III 2.3 S. 79, 80.

²a.a.O., S. 80, Randbemerkung 83.

³Die Einordnung der Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung hält Esser für unnötig und irreführend. Es gehe hier weder um eine Schlechtleistung, noch um die Verletzung begleitender Schutz- und Treuepflichten. Es wäre reine Konstruktionsjurisprudenz, eigens eine Pflicht des Schuldners anzunehmen, seine Leistung nicht - und schon gar nicht vorzeitig - zu verweigern.

⁴Leser, Festschrift für Rheinstein, S. 643 ff.

würden nämlich die Voraussetzungen des § 326 Abs. I insoweit modifiziert, als die Nachfristsetzung eben entbehrlich werde.¹ Damit geht Leser von einer Deduktion des § 326 aus. Für die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit hält er hingegen den Weg über § 326 nicht für gangbar, da von einer Nichtleistung in der Zeit nicht gesprochen werden könne, solange Fälligkeit nicht vorliege. Hier will er aber die gleichen Rechtsfolgen aus der vorliegenden Vertragsverletzung und dem Grundsatz des "*venire contra factum proprium*" herleiten. Sowohl die Vertragsverletzung als auch der Willensbindungsgesichtspunkt rechtfertigten diese Rechtsfolgen.² Dabei lasse die Begründung Rabels die Bindung der Parteien an die einmal erklärte Ablehnung der Vertragserfüllung einleuchtender begründen als der Gefährdungsgedanke der pVV-Lehre. Der Übergang von der Primärleistung auf die Abwicklung mit einer Sekundärleistung lasse sich damit genauer bestimmen, insbesondere hinsichtlich des Zeitpunkts, weil auf die entscheidende aktive Rolle der Parteien bei der Durchführung ihres Austauschvertrages abgestellt werde, im Gegensatz zu einer gleichsam automatisch einsetzenden Umwandlung in das Interesse bei der Unmöglichkeit- und pVV-Lehre. Dabei bleibt die vorzeitige Erfüllungsverweigerung für Leser aber eine Vertragsverletzung mit dem Erfordernis des Verschuldens.³ Leser betont hierbei, daß der Schuldner für die Vertragsaussage stets eintreten muß, soweit ihm kein Leistungsverweigerungsrecht zur Seite steht. Der Vorwurf ergibt sich damit allein aus der Negierung des Vertrages und nicht aus weiteren Umständen der Erklärung. Dabei seien auch durchaus ehrenvolle Motive, aus denen heraus die Weigerung erfolge, unbeachtlich, es genüge vielmehr, daß der Schuldner dafür einzustehen habe.⁴ Das Verschuldenser-

¹ Leser, a.a.O., S. 648.

² a.a.O., S. 652 ff.

³ a.a.O., S. 655.

⁴ a.a.O., S. 655.

forderung ist für Leser damit nur ein geringes.¹

(2) Lösungswege mit Hilfe der pVV-Lehre

Ein Teil der Literatur sieht in der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen die einzige Lösungsform für alle Fälle der Erfüllungsverweigerung. Die Lehre Staub's, die sich in der Vergangenheit mehr und mehr gefestigt hat, ist allgemein als die willkommene Lösung unterschiedlicher Problemfälle, die sich nicht auf Anhieb unter die Tatbestände der Leistungsstörungen des BGB einordnen lassen, übernommen worden. Dies hat dazu geführt, daß z.T. auch die Fälle der Erfüllungsverweigerung nicht differenziert werden, sondern daß kurz die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung als solche generell als positive Vertragsverletzung gilt, weil sie den Vertragszweck gefährdet. Die harten Rechtsfolgen des Rücktritts und des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung werden mit Unzumutbarkeitsgesichtspunkten gerechtfertigt. Vertreter dieses Lösungsweges ausschließlich über die positive Vertragsverletzung sind Würdinger-Röhrich² und Kaduk^{3,4}. Sie unterscheiden nicht

¹Die Auffassung Rabels wird ferner noch unterstützt von v. Caemmerer in NJW 1956, 569 (570); vgl. ferner Heinrichs bei Palandt § 326 Ziff. 6 unter d), der allerdings den Grundsatz des venire contra factum proprium bei der Subsumierung der Erfüllungsverweigerung unter § 326 benutzt. Heinrichs will entgegen Rabel die Erfüllungsverweigerung vor Verzug als positive Vertragsverletzung behandeln.

²in GdP-HGB Anm. 420 Vor. § 373;
Würdinger in RGRK-HGB Anm. 185 Anhang zu § 374.

³bei Staudinger, Rdn. 63, 184 zu § 326.

⁴vgl. ferner auch Ballhaus in BGB-RGRK, Rdn. 45, 46 zu § 326, dort Lösung ebenfalls über pVV ohne Differenzierung. Ähnlich Erman-Battes § 275 Rdn. 93, § 284 Rdn. 34, nach dem sogar durch die Erfüllungsverweigerung die Fälligkeit herbeigeführt werden soll, Rdn. 34 zu § 284.

zwischen Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit, vor Verzug und Erfüllungsverweigerung im Verzugsstadium. Dabei kommt Würdinger¹ über die pVV zur entsprechenden Anwendung der Verzugstatbestände, während Kaduk² die Lösung gerade unabhängig vom Tatbestand des § 326 sieht. Würdinger-Röhricht erkennen durchaus die Unterschiede zwischen den Erfüllungsverweigerungen in den verschiedenen Zeitabschnitten, wollen aber gleichwohl alle Fälle gleichbehandelt wissen.³ Sie räumen ein, daß für den Fall der Erfüllungsverweigerung bei Fälligkeit es zur Ableitung der hier gewünschten Rechtsfolgen der Heranziehung der Rechtsfigur der pVV an sich gar nicht bedürfe, sondern, da sich der Leistungspflichtige in Verzug befinde, eine teleologische Reduktion⁴ des § 326 BGB möglich sei. Wenn der Sinn der fraglichen Erfordernisse des § 326 darin liege, den Schuldner an seine Vertragspflichten zu erinnern (Mahnung) und ihm unter Konfrontation mit den Rechtsfolgen des Ausbleibens der Leistung (Androhung) eine letzte Chance zu gewähren, zur Vertragstreue zurückzukehren (Nachfrist), so können sie entfallen, wenn mit Sicherheit feststehe, daß sie keinerlei Erfolg zeitigen werden. Jedoch sehen sie in dieser teleologischen Reduktion einen umständlichen, unnötigen Weg. Sie halten die Lehre Staubs mittlerweile für so gefestigt, daß eine ängstliche Zurückhaltung bei ihrer Anwendung nicht mehr geboten sei.⁵

¹ RGRK-HGB Anm. 86 b Anhang zu § 374; deutlicher noch spricht Volker Emmerich in Jus 1977, 548 von der pVV als Voraussetzung für die Anwendung des § 326. Die Besprechung Emmerichs zeigt, wie die unterschiedlichen Begründungen, die bisher entwickelt wurden, bei der Problemlösung vermengt werden.

² a.a.O., Rdn. 63 zu § 326.

³ GdP-HGB Anm. 420 Vor. § 373.

⁴ Zu diesem Begriff vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 377 ff., ferner unten S. 86 ff.

⁵ GdP-HGB Anm. 420 Vor. § 373.

Demgegenüber differenziert Larenz¹ bei der Problemlösung exakt zwischen Erfüllungsverweigerung vor und nach Fälligkeit. Die Fälle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit will er unter den Haftungstatbestand der positiven Vertragsverletzung subsumieren. Demgegenüber sei aber bei der Erfüllungsverweigerung ab Fälligkeit der Leistung mit den Verzugsvorschriften auszukommen.² Hier sei über den Weg der teleologischen Reduktion die Mahnung und die Fristsetzung entbehrlich, da sie offensichtlich zwecklos seien.^{2,3}

Unruhe in die gesamte Auseinandersetzung zum Problem der Erfüllungsverweigerung, die mittlerweile nicht mehr um die Rechtsfolgen, sondern allein noch um die dogmatische Einordnung dieser Leistungsstörung ging, hat neuerdings wieder Köpcke in seiner Untersuchung über die Typen positiver Vertragsverletzungen⁴ gebracht. Er sieht die Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung an, solange sie vor der Fälligkeit der Leistung erklärt wird.⁵ Verletzt wird für ihn die Mitwirkungspflicht, die Leistung eben nicht zu verweigern.⁶ Ab Fälligkeit sei allerdings mit den Verzugsregeln auszukommen. Hinsichtlich der Rechtsfolgen differenziert Köpcke dann aber: Für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung hält er die Fristsetzung zur Verdeutlichung des Ernstes der Lage ohne nähere Begründung weiterhin für erforderlich. Hingegen sei dem Gegner das bloße Abgehen vom Vertrag ohne Fristsetzung sofort erlaubt, weil der Schuldner sich ja in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzen würde, wenn er jetzt der Auflösung des Vertrages seinerseits widerspräche.⁷

¹ a.a.O., § 24 I, S. 297 Fn 4.

² a.a.O., § 23 I, S. 281.

³ Hüffer in Jus 1970, 454 (456) unterstützt diesen Lösungsweg von Larenz, stellt aber bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit wie Leser zusätzlich auf den Gedanken eines venire contra factum proprium ab.

⁴ Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, 1965.

⁵ ebenda, S. 75.

⁶ ebenda, S. 73 ff.

⁷ ebenda, S. 149.

C. Die insgesamt gefundenen Lösungswege - kritische Stellungnahme.

I. Die Lösungswege.

Aus den in Rechtsprechung und Literatur bisher entwickelten Lösungsformen lassen sich folgende Gruppen bilden:

1. Der Lösungsweg über den Willensbindungsgedanken.
2. Der Lösungsweg über die Tatbestände der Unmöglichkeit.
3. Der Lösungsweg über den Interessenwegfall des § 326 Abs. II BGB.
4. Der Lösungsweg mittels der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen.
5. Der Lösungsweg über § 326 Abs. I.

Unter die erste Fallgruppe möchte ich neben der Verzichtstheorie des Reichsgerichts auch die Lösungsversuche über den Grundsatz des venire contra factum proprium einordnen, denn auch hier soll der sich weigernde Schuldner an den von ihm erklärten Willen - wenn auch nicht in rechtsgeschäftlicher Weise - gebunden werden.

II. Kritische Betrachtung dieser Lösungswege.

1. Der Lösungsweg über den Willensbindungsgedanken.

Wie bereits erläutert, hat das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen¹ die Auffassung vertreten, im Falle der Erfüllungsverweigerung komme es zwischen den Vertragspartnern zu einem rechtsgeschäftlichen Verzicht auf das

¹RGZ 51, 349; 90, 317; 102, 266; 108, 69; 121, 132; 129, 145.

Tatbestandsmerkmal Fristsetzung. Da § 326 keineswegs zwingendes Recht enthalte, könnten seine Erfordernisse außer Kraft gesetzt werden, wenn beide Parteien ihren diesbezüglichen Willen übereinstimmend bekunden.¹ In der Weigerung des Schuldners sah das Reichsgericht das Verzichtsangebot, im Geltendmachen des Ersatzanspruches wegen Nichterfüllung oder der Rücktrittserklärung die concludente Annahme dieses Angebots durch den Gläubiger.

Dieser Lösungsweg ist zu Recht stark angegriffen worden. Schon Siber² hat betont, daß es offenbar im Widerspruch mit dem erkennbaren Willen des Schuldners stehe, in seiner Weigerung den Antrag zu einer Vereinbarung hinsichtlich der Rechtsfolgen des § 326 zu sehen. Nach unserem Vertragsrecht ist die vertragliche Bindung von dem objektiv erklärten Willen der Vertragsparteien abhängig, der auf einen bestimmten Rechtsbindungswillen der Erklärenden, nämlich eine bestimmte Leistung zu erbringen und hinsichtlich dieser Leistung eine rechtliche Verpflichtung einzugehen, schließen lassen muß. Einen derartigen Rechtsbindungswillen wird man für den Fall der Erfüllungsverweigerung idR in Bezug auf die Rechtsfolgen des § 326 Abs. I aber nicht annehmen können. Staub³ hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Parteien im Falle der Erfüllungsverweigerung miteinander im Kampf stehen und alles eher wollen, als in dieser Situation noch etwas zu vereinbaren; dem Schuldner liege nichts ferner, als durch einen Verzicht dem Gläubiger entgegenzukommen, ihm etwas zu erlassen, was er nach dem Gesetz tun muß, um sein Recht geltend zu machen.⁴ Dies gilt unabhängig von den unterschiedlichen Arten der Erfüllungsverweigerung,

¹RGZ 51, 349.

²Planck-Siber § 326 Anm. 2 d, letzter Absatz.

³Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1904, S. 62.

⁴vergl. auch Leser, Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen, S. 69.

wird aber besonders deutlich, wenn der Schuldner die Erfüllung gerade dadurch verweigert, daß er den Abschluß des Rechtsgeschäfts überhaupt bestreitet¹, oder er zwar den Abschluß grundsätzlich anerkennt, aber Abänderungswünsche stellt, den Vertrag also nicht mehr so, wie ursprünglich vereinbart, gelten lassen will.² Hier anzunehmen, der Schuldner habe den Willen, sich ohne weiteres den Rechtsfolgen des § 326 Abs. I zu unterwerfen, ist eine reine Fiktion. Einmal kann man m.E. schon nicht davon ausgehen, daß dem Schuldner der § 326 und die darin aufgeführten Voraussetzungen und Rechtsfolgen überhaupt bekannt sind - dies aber wäre Voraussetzung für einen Verzicht -, zum anderen gibt es selbst für den Gläubiger keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß es dem Willen des sich Weigernden entspricht, statt den Vertrag zu erfüllen gegebenenfalls lieber Schadensersatz wegen Nichterfüllung leisten zu wollen. Zugegeben, es mag im Einzelfall so sein, daß die Bindung an den Vertrag so sehr den Interessen des Schuldners widerspricht, daß er, um überhaupt davon loszukommen, als das geringere Übel diese Schadensersatzpflicht auf sich nehmen will. Dies wird jedoch die Ausnahme sein. Im Regelfall will der Schuldner doch lediglich - wenn schon ein Vertrag bestehen sollte - ohne weitere Nachteile von ihm loskommen. Dies schließt den Willen, Schadensersatz zu leisten, auf jeden Fall aus. Soweit Schadensersatzansprüche im Raum stehen, scheidet der Weg über eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Rechtsfolgen des § 326 damit bereits aus.

Es erhebt sich hier allerdings die Frage, ob die Weigerung und der damit erklärte Wille, nicht leisten, sondern vom Vertrag loskommen zu wollen, zumindest insoweit eine Unterwerfung unter die Rechtsfolgen des § 326 enthält, als dem Gläubiger zwar nicht ohne weiteres der Anspruch auf Schadensersatz, wohl aber ein Rücktrittsrecht eingeräumt werden

¹vgl. z.B. die Entscheidung ROHGE 6, 324.

²vgl. z.B. die Entscheidung des BGH in MDR 1958, 423.

soll. Indes ist hierfür m.E. der § 326 nicht der richtige Anknüpfungspunkt. Es wurde bereits erwähnt, daß der Schuldner in der Regel die Vorschrift des § 326 und mit- hin seine Voraussetzungen und Rechtsfolgen gar nicht kennt und damit auch nicht diesbezüglich etwas vereinbaren will. Die Lösung von den vertraglichen Pflichten mittels des Par- teiwillens kann daher jedenfalls nicht über den Tatbestand des § 326 begründet werden. Es muß aber berücksichtigt werden, daß die von dem sich Weigernden gewünschte Rechts- folge der Entlassung aus der vertraglichen Bindung auch un- abhängig vom Rücktritt des § 326 erreicht werden kann, näm- lich auf dem Wege eines Aufhebungsvertrages. Es ist allge- mein anerkannt, daß die Beendigung vertraglicher Leistungs- pflichten nicht nur durch Erfüllung oder Rücktritt, sondern auch durch einen auf Grund der Vertragsfreiheit des § 305 geschaffenen Aufhebungsvertrag erfolgen kann.¹ Inhalt eines derartigen Vertrages ist die Beendigung des gesamten Schuld- verhältnisses. Damit erlischt jegliche Leistungsverpflich- tung, bereits Geleistetes ist nach Bereicherungsvorschrif- ten zurückzuerstatten.² Eine derartige Folge wird im Regel- fall dem erkennbaren Willen des sich Weigernden entsprechen, denn die Aufhebung bietet für ihn die einfachste und in den Rechtsfolgen mildeste Möglichkeit, die Leistung nicht erbringen zu müssen. Einen derartigen Aufhebungswillen wird man dabei selbst für den Fall annehmen müssen, daß der sich Weigernde überhaupt die wirksame Verpflichtung

¹ vergl. Staudinger-Kaduk § 305 Rdn. 32 m.w.N.

² so Erman-Westermann Rdn. 3 zu § 397 m.w.N., danach passen die §§ 346 ff. für die Rückabwicklung deshalb nicht, weil die dort angeordnete Rückabwicklung nur dann ange- messen ist, wenn die Parteien von Anfang an mit der Rück- gewähr rechnen müssen; a.A. Larenz, Schuldrecht I, § 19 II b, S. 221 m.w.N., der die Rückabwicklung nach Rück- trittsvorschriften vornehmen will; diese unterschiedlichen Auffassungen führen hier aber nicht zu abweichenden Er- gebnissen, vergl. unten S. 65 Fn. 3.

leugnet, es für ihn also gar nichts aufzuheben gibt. Im Wege der Auslegung kann man hier über den Grundsatz des "a minore ad minus" den Willen des sich Weigernden ermitteln, für den Fall, daß die Verpflichtung doch besteht, zumindest über die Aufhebungsvereinbarung wieder davon loszukommen.

Fraglich ist jedoch, ob eine derartige Aufhebung überhaupt den Interessen des Weigerungsgegners entspricht, ob man also davon ausgehen kann, daß dieser das Aufhebungsangebot annehmen will. Dieser Wille ist sicherlich dann nicht gegeben, wenn das Gläubigerinteresse erkennbar auf Schadensersatz und nicht nur auf Entbindung von der vertraglichen Verpflichtung gerichtet ist, denn für einen Schadensersatzanspruch gibt es im Rahmen des Aufhebungsvertrages keine Grundlage mehr. Für einen Großteil der Fälle der Erfüllungsverweigerung scheidet dieser Lösungsweg damit bereits aus. Will der Gläubiger aber grundsätzlich keinen Schadensersatz, dann ist fraglich, ob er sich gleichwohl mit der Aufhebung der vertraglichen Verpflichtung mit der Folge der Rückerstattungspflicht für eventuell schon Angeleistetes über die Bereicherungstatbestände einverstanden erklären will. Hier ist zu berücksichtigen, daß dann beiden Parteien, d.h. auch dem sich Weigernden ggfs. die Einrede des Wegfalls der Bereicherung des § 818 Abs. III zusteht. Für eine Einschränkung dieses Einrederechts auf seiten des sich Weigernden wegen des in der Weigerung liegenden Unrechtsgehalts ist bei einem Aufhebungsvertrag kein Raum mehr, da dieser sämtliche vertraglichen Pflichten beseitigt und damit auch Pflichtverletzungen aufhebt. Eine Pönalisierung des Schuldnerverhaltens ist danach nicht mehr möglich. Dieses Einrederecht des Schuldners dürfte aber den Interessen des Gläubigers widersprechen. Will er schon keinen Schadensersatz, dann will er zumindest den Rückerhalt seiner Leistung sichergestellt wissen. Er will insbesondere wohl nicht auf eine für ihn günstigere gesetzliche Rechtsposition, wenn sie besteht, verzichten. Diese ist aber gegeben, wenn er nach den Verzugsvorschriften vorgeht. Die

Möglichkeit der Lösung vom Primärverhältnis, die der § 326 bietet, führt nämlich anders als der Aufhebungsvertrag zunächst nicht zu einem Ausgleich nach Bereicherungsrecht, sondern zu einem Rückgewährschuldverhältnis mit der Folge der strengen Haftung für das Zurückzuerstattende nach den §§ 346, 347, 987 ff. Für denjenigen, der den Rücktritt beim Verzug nicht verschuldet hat, greift nun aber die besondere Regelung des § 327 S. 2 ein, nach der er nur nach Bereicherungsgrundsätzen (mit dem Vorteil des § 818 Abs. III) haftet.¹ Der Weigerungsgegner selbst hat also über § 327 S. 2 den Vorteil des § 818 Abs. III, während der sich Weigernde das Erhaltene unabhängig davon, ob er noch bereichert ist, zurückerstatten muß. Er kann auf die Bereicherungsgrundsätze nicht zurückgreifen.²

Insoweit findet also auch beim bloßen Rücktritt im Rahmen des Verzugsrechts noch eine Pönalisierung des Schuldnerverhaltens statt.³ Auf diesen Vorteil wird der Gläubiger aber kaum verzichten wollen.

¹Nach dem Wortlaut des § 327 S. 2 könnte man allerdings annehmen, daß nur der Gegner dessen, der den Rücktritt erklärt hat, nach §§ 812 ff. haftet und nicht derjenige, der den Rücktritt wegen des Verschuldens des anderen selbst erklärt hat. Es ist jedoch h.M., daß derjenige, der den Rücktritt nicht zu vertreten hat, nur auf Bereicherung haftet, ohne Rücksicht darauf, ob er oder der andere Teil ihn erklärt hat, so RGZ 130, 123; BGHZ 53, 148; OLG Köln in OLGZ 70, 455; Staudinger-Kaduk Rdn. 23 - 29 zu § 327; Wolf in AcP 153, 97; a.A. Glaß, Gefahrtragung und Haftung beim gesetzlichen Rücktritt, S. 88 ff., Weitnauer NJW 1967, 2314 und 1970, 637 (639, Anm. zu Nr. 11); v. Caemmerer, Festschrift für Larenz, S. 629 Fn. 29 - Der h.M. steht das Argument zur Seite, daß bei einer engen, wörtlichen Auslegung des S. 2 diese Vorschrift so gut wie keinen Anwendungsbereich hätte, denn in den Fällen des nach den §§ 325, 326 geregelten gesetzlichen Rücktrittsrechts, auf die sich der § 327 ja bezieht, wird der Gegner des Zurücktretenden den Rücktrittsgrund in aller Regel zu vertreten haben, vgl. Staudinger-Kaduk, a.a.O., Rdn. 22 zu § 327.

²vgl. hierzu BGH LM Nr. 4 zu § 347.

³Im Ergebnis entfällt diese aber auch dann, wenn man wie Larenz die Rückerstattung des Angeleisteten beim Aufhebungsvertrag nicht nach Bereicherungsrecht, sondern nach den Rücktrittsvorschriften vornehmen will. Hier haften beide Parteien nach §§ 346, 347, 997 ff., so daß dem Gläubiger der Vorteil des § 818 Abs. III genommen würde. Eine einseitige Pönalisierung zulasten des sich Weigernden ermöglicht nur die Vorschrift des § 327 S. 2.

Der Aufhebungsvertrag bietet damit auch in den Fällen, in denen bereits Leistungen ausgetauscht worden sind, keine den Gläubigerinteressen gerecht werdende Lösung, so daß ein entsprechender Rechtsfolgewillen des Gläubigers nicht angenommen werden kann. Nur in Einzelfällen, in denen weder Schadensersatzansprüche noch Leistungsrückabwicklungen im Raum stehen, ist eine Problemlösung über einen Aufhebungswillen beider Vertragspartner denkbar.

Abwegig erscheint mir die Auffassung Hangens, die Vertragsparteien würden sich bereits bei Vertragsabschluß den Rechtsfolgen des § 326 Abs. I für den Fall, daß eine Partei die Erfüllung verweigert, unterwerfen. Ein derartiger Unterwerfungswille setzt voraus, daß den Parteien die Möglichkeit der Erfüllungsverweigerung und deren Rechtsfolgen bewußt sind. Nur selten aber ist eine derart weite Vorplanung gegeben. Die Vertragsparteien sind kaum so rechtskundig, daß sie das Problem der Erfüllungsverweigerung in ihre Überlegungen miteinbeziehen, bevor es überhaupt akut wird. Dies wird man selbst bei erfahrenen und allgemein rechtskundigeren Kaufleuten nicht sagen können. Hangen sagt, es habe sich insoweit bereits ein entsprechender Handelsbrauch entwickelt und dieser sei bereits vereinbart, wenn die Parteien den Willen hätten, im Einklang mit der herrschenden Sitte zu verfügen.¹ Zwar ist es richtig, daß ein Handelsbrauch für die Parteien auch dann bindend ist, wenn er ihnen nicht bekannt ist, denn ein solcher setzt sich als eine zwischen dem Gesetz und dem Parteiwillen stehende objektive Norm unabhängig vom Parteiwillen durch,² jedoch kann von einem derartigen Handelsbrauch

¹DJZ 1903, 49 (50)

²vgl. RG 95, 242 (243), Capelle, Handelsrecht, § 1 IV 3, S. 7; es handelt sich damit aber nicht mehr um eine stillschweigende Einbeziehung, wie Hangen annimmt, denn auch stillschweigende Willenserklärungen sind echte Willenserklärungen mit vollem innerem Tatbestand.

- der im übrigen auch nur unter Kaufleuten Geltung haben könnte - auch heute, nachdem das Problem der Erfüllungsverweigerung über 100 Jahre unregelt ist, noch nicht gesprochen werden. Ein Handelsbrauch muß nämlich auf einer einheitlichen Verkehrsauffassung der beteiligten Kreise beruhen.¹ Wenn es dabei auch nicht entscheidend darauf ankommt, ob der einzelne den jeweiligen Handelsbrauch kennt, so muß er doch allgemein, d.h. bei der überwiegenden Mehrheit der Kaufleute bekannt sein und geübt werden. Auch heute noch fehlt es hier aber an jeglicher allgemeiner Übung, denn es ist nicht ersichtlich, daß Kaufleute für den Fall der Erfüllungsverweigerung allgemein die Rechtsfolgen des § 326 gegeneinander gelten lassen, noch daß das Problem überhaupt allgemein bekannt ist. Daß die Rechtsprechung hier seit Jahren die Rechtsfolgen des § 326 gewährt, begründet keinen Handelsbrauch, denn dieser ist von der Übung der Kaufleute und nicht der der Gerichte abhängig.

Eine allgemeine Lösung des Problems über einen Rechtsfolgenwillen der Vertragsparteien scheidet damit aus. Derartige Lösungsversuche sind daher zu Recht in neuerer Zeit nicht mehr vorgenommen worden.

Demzufolge ist von anderer Seite betont worden, daß der Weigerungswille zwar kein rechtsgeschäftlicher Bindungswille sein könne², eine Bindung des sich Weigernden aber dennoch über den Grundsatz des *venire contra factum proprium* möglich sei. Der Gläubiger könne den Schuldner an seiner Erfüllungsverweigerung festhalten und ihn gewissermaßen beim Wort nehmen.³

Dieser Grundsatz, daß sich niemand zu seinem eigenen Verhal-

¹vergl. Ratz in GdP-HGB § 346 Anm. 28.

²vergl. Rabel, Warenkauf I, S. 386: "... der Vorgang ist eine Art Gegenstück zum Vertrag."

³s.o. S. 53.

ten in Widerspruch setzen darf, hat zwar im Gesetz nirgends eine ausdrückliche Normierung gefunden, ist aber in verschiedenen Vorschriften¹ als allgemeines Prinzip zu erkennen. Er wird heute als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung im Rahmen des § 242 gesehen.² Inhaltlich besagt er:

Niemand darf im Widerspruch zu seinem früheren Verhalten ein Recht ausüben oder einen mit Folgen ausgestatteten Rechtsstandpunkt einnehmen, wenn jenes frühere Verhalten den Schluß rechtfertigt, daß er ein bestimmtes Recht nicht geltend machen oder einen bestimmten Rechtsstandpunkt nicht vertreten werde und er in dieser Hinsicht ein bestimmtes Vertrauen beim anderen Teil wachgerufen hat.³

Der Unterschied dieses Grundsatzes zum oben geprüften Verzicht besteht darin, daß letzterer nur aus einem Rechtsfolge willen abgeleitet werden kann, während der Einwand des venire contra factum proprium unmittelbar aus einer Norm des positiven Rechts herrührt.⁴ Von daher ist dieser Satz hier durchaus der richtige Anknüpfungspunkt. Zunächst muß aber klargelegt werden, daß dieses Institut niemals selbständiger Grund zur Entstehung eines im Wege der Klage zu verfolgenden Rechts sein kann, sondern durch ihn vielmehr lediglich die Geltendmachung eines Rechts verhindert oder ein Verteidigungsmittel vorgebracht werden kann.⁵ Dies ergibt sich aus dem Wesen des Rechtssatzes, der eben nicht einen Anspruch zum Gegenstand hat, sondern lediglich eine Rechtsbehinderung enthält.⁶ Hinzu kommt, daß auf die-

¹derartige Vorschriften sind z.B. §§ 116; 145; 151; 161; 162; 164; 183; 254; 341 III; 464, 640 II; 625.

²vergl. Staudinger-Weber, Rdn. D 323 zu § 242.

³vergl. Staudinger-Weber, a.a.O.

⁴Enneccerus-Nipperdey BGB AT, § 239 Anm. 26; der Verzicht läßt ferner das Recht erlöschen, während gegensätzliches Verhalten nur der Ausübung im Wege steht und ein Wiederaufleben des Rechts bei veränderten Umständen möglich ist.

⁵Hartmann, Erfüllungsverweigerung, S. 39.

⁶Hartmann, a.a.O.

sem Lösungsweg die Haftung des Schuldners sonst auch verschuldensunabhängig hergestellt würde. Um den Schuldner über den Grundsatz des *venire contra factum proprium* beim Wort nehmen zu können, könnte auf Vorsatz, Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit bei der Erfüllungsverweigerung verzichtet werden. Ausreichend wäre allein die zuvor zurechenbar geschaffene Vertrauenslage und der objektiv vorhandene Widerspruch. Eine verschuldensunabhängige Haftung auf Schadensersatz ist dem Leistungsstörungenrecht des BGB jedoch fremd. Dieser Lösungsvorschlag ist somit auch als systemwidrig abzulehnen.¹ Der Grundsatz des *venire contra factum proprium* dürfte sich daher hier allein im Bereich des Tatbestandes des § 326 auswirken, nämlich bei der Frage, ob der sich weigernde Schuldner dem Gläubiger noch entgegenhalten kann, er müsse erst durch Mahnung den Verzug herbeiführen und dann noch eine weitere Frist setzen. Eine vom Tatbestand des § 326 unabhängige Lösung bietet er hingegen nicht, da der Grundsatz über die gewünschte Rechtsfolge Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt nichts aussagt. Dies muß gegenüber den Auffassungen Krückmanns und Rabels, die den Anschein erwecken, als sei damit eine von § 326 unabhängige Problemlösung möglich, klargestellt werden.

Man muß sich dann aber fragen, was eigentlich das *factum proprium* ist, gegen das der Schuldner sich dann nicht in Widerspruch setzen darf, an das er vielmehr gebunden bleibt. Eigenartigerweise wird diese Festlegung des *factum proprium*s von keinem der Vertreter dieses Lösungsweges vorgenommen. Man sagt lediglich immer, der Schuldner dürfe sich nicht in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzen, müsse sich an seiner Weigerung festhalten lassen.² Aber was hat der Schuldner denn überhaupt erklärt? Zunächst nur, daß er nicht

¹Zu dieser Kritik vgl. Larenz, Schuldrecht I, S. 297, 298, Fn. 4 m.w.N.; ferner Lange, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, S. 61.

²Vgl. Rabel, Recht des Warenkaufs I, S. 382 ff.

freiwillig erfüllen will, daß der Vertrag nicht besteht oder daß er nicht mit dem vom Gläubiger behaupteten Inhalt besteht. Damit allein hat der Schuldner noch nicht ohne weiteres einen Vertrauenstatbestand hinsichtlich dem, was nun außer der von ihm gewünschten Nichterfüllung passieren soll, geschaffen. Man kann aber einen Widerspruch in seinem Verhalten darin sehen, daß er, nachdem er die Erfüllung bereits ernsthaft und endgültig abgelehnt hat, sich dem Gläubiger gegenüber darauf beruft, er müsse gleichwohl noch Leistungsaufforderungen aussprechen. Ablehnung der Erfüllung und Beharren auf Leistungsaufforderung stehen in Widerspruch zueinander. Von daher kann der Grundsatz des Verbots eines venire contra factum bei der Subsumtion der Erfüllungsverweigerung unter § 326 Abs. I berücksichtigt werden, kann jedoch nicht selbständige verschuldensunabhängige Haftungsgrundlage sein.

Der Grundsatz des Verbots eines venire contra factum proprium kann ferner für ein Problem im Rahmen der Erfüllungsverweigerung bedeutsam sein, nämlich für die Frage der Widerruflichkeit der Erfüllungsverweigerung. Dieser Widerruf stellt nämlich einen Widerspruch zur zuvor erklärten Leistungsverweigerung dar.¹

Ausgangspunkt dieses in neuerer Zeit stark vertretenen Lösungsweges war, wie bereits erwähnt, die rechtsvergleichende Studie Rabels², dem die Rechtsfigur der repudiation im englischen und amerikanischen Recht als Vorbild diente. Im anglo-amerikanischen Recht wird

¹s. dazu unten S. 165.

²Recht des Warenkaufs I, S. 283 ff.

die Weigerung als eine Art Angebot, den Vertrag aufzuheben und dafür Schadensersatz leisten zu wollen, aufgefaßt.¹ Diesen Lösungsweg versuchte Rabel mittels des Grundsatzes des Verbots eines venire contra factum proprium auf das deutsche Recht zu übertragen, wobei er m.E. die Subsumtion der Erfüllungsverweigerung unter diesen Grundsatz vernachlässigte. In Wahrheit ist dieser Grundsatz nur als Subsumtionsmittel im Rahmen des § 326 Abs. I geeignet und darf nicht wie im anglo-amerikanischen Recht zu einer vertragsähnlichen Haftung des sich Weigernden führen.

2. Der Lösungsweg über die Tatbestände der Unmöglichkeit.

Dieser Weg von Fritz und Jakobs ist insoweit interessant, als der Unmöglichkeitstatbestand des § 325 mit dem Verzugstatbestand des § 326 verglichen wird. Hier fällt auf, daß beide Vorschriften die gleichen Rechtsfolgen, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt vorsehen, nur daß bei § 325 genau die Erfordernisse, deren häufiges Fehlen in Fällen der Erfüllungsverweigerung immer die Schwierigkeiten bereitet, die Mahnung oder die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung, nicht gestellt werden. Es liegt nahe, die Problemlösung aus dem Grund dieses Unterschieds dieser beiden Vorschriften zu suchen.

¹Rabel, a.a.O., S. 273, 274 m.w.N.

Es ist Fritz auch darin Recht zu geben, daß der Unterschied zwischen § 325 und § 326 darin besteht, daß § 325 ein Fall der endgültigen und § 326 nur ein Fall der vorläufigen Nichterfüllung ist.¹ Nun sieht Fritz aber den Sinn und Zweck der Fristsetzung darin, die vorläufige Nichterfüllung ebenfalls zur endgültigen zu machen und dabei eine dem § 325 identische Interessenlage zu schaffen. Diese sei bereits dann gegeben, wenn feststehe, daß die Leistung freiwillig nicht erbracht wird.² Diese völlige Gleichstellung von Nichtleistung aufgrund Unmöglichkeit und Nichtleistung aufgrund mangelndem Leistungswillen des Schuldners, die auch von Jakobs³ vorgenommen wird, ist m.E. jedoch nicht möglich. Der § 325 spricht nicht von endgültigem Nichtleisten, sondern gerade von Unmöglichkeit als etwas nach dem allgemeinen Sprachgebrauch Unabänderlichem. Der Tatbestand der Unmöglichkeit unterscheidet sich von dem der Erfüllungsverweigerung wie dem des Verzuges eben gerade dadurch grundlegend, daß bei ihm die Leistung bereits von der Natur der Sache her nicht mehr erbracht werden kann, während bei der Erfüllungsverweigerung wie beim Verzug der Erhalt der Leistung grundsätzlich noch realisierbar ist und unabhängig vom Leistungswillen des Schuldners durchgesetzt werden kann. Nach unserem Recht ist die Obligation nämlich eine vollkommene in dem Sinne, daß es zur Befriedigung des Gläubigerinteresses nicht allein auf den Leistungswillen des Schuldners ankommt, sondern daß die Anwendung von Zwang gegen den Schuldner gestattet wird. Der tatsächliche Erhalt der Leistung kann weitgehend⁴ dadurch erreicht werden, daß der Gläubiger vor

¹Fritz AcP 134, S. 211.

²Fritz, a.a.O.

³Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 49.

⁴von Ausnahmen wie dem Anspruch auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, § 888 Abs. II ZPO, abgesehen.

Gericht auf diese Leistung klagt und dann mit dem Titel im Wege der Zwangsvollstreckung den Leistungserfolg herbeiführt. Der Gläubiger ist nicht, wie bei der Unmöglichkeit, auf die Sekundäransprüche angewiesen, sondern kann auf dem Primäranspruch beharren. Nur wenn die Unmöglichkeit feststeht, ist dieser Weg von der Natur der Sache her verbaut¹, da eine Leistung, die unmöglich geworden ist, nicht einmal im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt werden kann. Dies ist aber auch der entscheidende Gesichtspunkt für das Fehlen des Fristsetzungs- und Mahnungserfordernisses in § 325: diese Gläubigermaßnahmen können an der Unmöglichkeit nichts mehr ändern, auch sie können nicht mehr zu dem vorgegebenen Ziel, der Durchführung des Primärleistungsaustausches, führen.

Aus einem Vergleich zwischen § 325 und § 326 sind damit zwar Rückschlüsse auf den Sinn und Zweck des Fristsetzungs- und Mahnungserfordernisses beim Verzug zu ziehen, nicht jedoch ist die Annahme gerechtfertigt, der allein entscheidende Unterschied beider Vorschriften liege in der Endgültigkeit der Leistungsstörung. Beim Verzug wie bei der Erfüllungsverweigerung ist anders als bei der Unmöglichkeit selbst bei Endgültigkeit des Ausbleibens des freiwilligen Leistungsaustausches der Erhalt der Primärleistung noch nicht² endgültig ausgeschlossen, da es den Weg der Zwangsvollstreckung gibt², der unter Umständen noch dem Gläubigerinteresse gerecht wird. Insofern liegt die Erfüllungsverweigerung dem Tatbestand des Verzugs bedeutend näher als dem Tatbestand der Unmöglichkeit.^{3,4}

¹ selbst die Leistungsklage ist dann unzulässig, weil die Verurteilung zur Erfüllung widersinnig wäre, RGZ 160, 263; str. ist dies allerdings beim Unvermögen, vergl. Schlegelberger-Weitnauer Bem. 11 zu § 280.

² das betont auch Stoll, AcP 136, S. 307 Fn 101.

³ vergl. hierzu Stoll, a.a.O.; ferner Leser, Festschrift für Rheinstein, S. 651.

⁴ Jakobs selbst betont, daß es sich für ihn bei der Erfüllungsverweigerung nicht um einen Fall der Unmöglichkeit

Folge der Einordnung der Erfüllungsverweigerung bei der Unmöglichkeit müßte zudem konsequenterweise auch die sein, daß der Erfüllungsanspruch des Weigerungsgegners entsprechend § 275 erlischt und nur noch Nichterfüllungsansprüche bleiben. Damit würde jedoch die Durchsetzbarkeit jeglicher vertraglicher Ansprüche allein dem guten Willen des Schuldners überlassen.

Die von Fritz und Jakobs aus dem Vergleich zwischen Unmöglichkeit und Verzug angeführten Argumente zur Bedeutung des Fristsetzungserfordernisses sind hilfreich, jedoch ist der von ihnen herangezogene § 325 zu weit vom Tatbestand der Erfüllungsverweigerung entfernt, als das man aus ihm das Problem lösen könnte.

3. Der Lösungsweg über den Interessenwegfall des § 326 Abs. II.

Dieser Weg bietet sich ebenso wie der Weg über § 325 deshalb an, weil auch hier die gewünschte Rechtsfolge unabhängig von dem Erfordernis der Fristsetzung vorgesehen ist.¹ Nun wird sicherlich in einigen Fällen der Erfüllungsverweigerung das Interesse des Gläubigers an einem Leistungsaus-

im eigentlichen Sinne, nicht einmal um einen Fall fingierter Unmöglichkeit handelt. Er will nur den in § 325 niedergelegten Haftungsgedanken analog angewandt wissen. Den Weg über § 326 hält er ebenfalls für gangbar, zieht aber § 325 vor, weil dort das Fristsetzungserfordernis eben gerade nicht gestellt wird und er glaubt, die fehlende Unmöglichkeit besser überwinden zu können als im Tatbestand des § 326 das Fristsetzungserfordernis auszuschalten, vgl. Jakobs, a.a.O., S. 51 Fn. 89.

¹Für die Erfüllungsverweigerung vor der Mahnung bietet er jedoch keine Hilfe, § 326 Abs. II setzt bereits Verzug, also auch Mahnung voraus.

tausch¹ und damit an der Erfüllung durch den Schuldner infolge der Erfüllungsverweigerung entfallen. Selbst dann, wenn der Gläubiger den Leistungsgegenstand vielleicht gerne noch hätte², ist er wegen der in der Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck gekommenen Unzuverlässigkeit des Schuldners u.U. gleichwohl nicht mehr an einem Leistungsaustausch als der in § 326 Abs. II genannten Erfüllung des Vertrages interessiert, weil ihm diese Durchführung des Vertrages zu unsicher und risikoreich erscheint. § 326 Abs. II verlangt jedoch, daß der Interessenwegfall gerade auf dem Verzug, d.h. dem verschuldeten Nichtleisten trotz Fälligkeit beruht. Es ist Kausalität zwischen Verzug und Interessenwegfall erforderlich.³ Nun ist die Erfüllungsverweigerung zwar in den meisten Fällen mit einem Leistungsverzug verbunden, jedoch entfällt dann idR das Interesse des Gläubigers am Leistungsaustausch nicht in adäquater Folge dieser Leistungsverzögerung, sondern infolge der in der Erfüllungsverweigerung zum Ausdruck gekommenen Unzuverlässigkeit und Treuwidrigkeit des Schuldners. Diese sind meist von der Verzögerung der Leistung unabhängig und sogar bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit feststellbar.⁴ Eine Kausalität Verzug - Interessenwegfall wird sich nur selten feststellen lassen und hat dann mit der zusätzlich vorliegenden Erfüllungsverweigerung nichts zu tun. Nur in Einzelfällen, in denen gerade die mit der Erfüllungsverweigerung verbundene zeitliche Verzögerung des Leistungserhalts zu einem Inter-

¹Bei § 326 Abs. II wird nicht der Wegfall des Interesses am Gegenstand der geschuldeten Leistung verlangt, sondern es reicht der Wegfall des Interesses am Austausch der Leistung, Soergel-Siebert-Schmidt, Rdn. 23 zu § 326 m.w.N., Erman-Battes, Rdn. 46 zu § 326 m.w.N.; diese Interpretation des § 326 Abs. II erscheint jedoch bedenklich, da bei der Schaffung des allgemeinen Vertragslösungsrechts im Falle des Verzuges im ADHGB, dem Vorläufer des BGB die Auffassung zugrundelag, der Rücktritt könne nicht nur bei Interessenwegfall gewährt werden, da bei Geldleistungen ein Interessenwegfall kaum begründet werden könne, vgl: Mugdan, Materialien Bd. II, S. 642. Danach wurde der Interessenwegfall offenbar gegenstandsbezogen verstanden.

²Was sich häufig daran zeigt, daß er sich den Leistungsgegenstand anderswo besorgt.

³Staudinger-Kaduk, Rdn. 177 zu § 326 m.w.N.

⁴vgl. auch Lange, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, S. 63, 63.

essenwegfall beim Gläubiger führt, kann § 326 Abs. II direkt als Lösungsweg eingreifen.

Damit ist dem in neuerer Zeit von Fikentscher vertretenen Lösungsweg der Boden entzogen. Sein Argument, der Schuldner müsse seinen Interessenwegfall nicht mehr nachweisen, weil der die Erfüllung verweigernde Schuldner kein Recht habe, den Gläubiger überhaupt zu fragen, ob er noch ein Interesse an der Leistung habe, kann nur für die Beweislastfrage bedeutsam sein, die aber voraussetzt, daß ein Interessenwegfall infolge des Verzugs überhaupt in Frage kommt. Liegt dieser aber erkennbar nicht vor oder beruht er jedenfalls nicht auf der zeitlichen Verzögerung des Leistungsaustausches, dann kann er gegen das tatsächlich Erkennbare auch nicht angenommen werden.

Dieser Lösungsweg bietet sich daher nur für Einzelfälle an, kann das Problem allgemein jedoch nicht lösen.

4. Der Lösungsweg mittels der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen.

Der Rechtsprechung¹ muß zunächst entgegengehalten werden, daß sie Entstehungsgrund und Aussage der pVV-Lehre nicht richtig würdigt. Ich darf in Erinnerung rufen, daß diese Lehre nicht an einem bestimmten gesetzlich normierten Haftungstatbestand orientiert ist, sondern aus einem den gesamten Regelungen des Rechts der Leistungsstörungen des BGB immanenten Haftungsgedanken entwickelt wurde.² Sie wird heute demgemäß mit einer Analogie zu den §§ 280, 286, 325, 326 begründet.³ Jedenfalls werden mit ihrer Hilfe Pflichtverletzungen erfaßt, die in keiner Weise mehr einem Tatbestand der §§ 276 ff. zugeordnet werden können. Die

¹vgl. die oben auf S. 38 behandelten Entscheidungen.

²Den Staub allerdings in einer Vorschrift, dem § 286, niedergelegt sieht; Staub, Die positiven Vertragsverletzungen, S. 15.

³vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 24 Ia, S. 299 m.w.N.

pVV-Lehre ist damit eine an den gesamten Regelungen des Rechts der Leistungsstörungen orientierte Gesamtanalogie¹ und streng zu unterscheiden von einer von einem einzelnen gesetzlich normierten Haftungstatbestand geprägten Einzelanalogie. Sie ist insbesondere keine ausschließlich aus § 326 entwickelte Analogie. Vereinzelt benutzt die Rechtsprechung² und auch die Literatur³ nun aber die pVV-Lehre bei der Subsumtion der Erfüllungsverweigerung unter § 326 Abs. I mit seinen besonderen Voraussetzungen des Verzuges und erklärt dann die Verzichtbarkeit der Fristsetzung mit dem Vorliegen einer pVV.⁴ Die pVV wird damit letztlich zum Mittel der teleologischen Reduktion im Bereich des Haftungstatbestandes des § 326 Abs. I. Wenn gleich dies durchaus zum richtigen Ergebnis, nämlich der sofortigen Anwendung der Rechtsfolgen des § 326 führt, ist die Verfahrensweise dogmatisch nicht sauber. Die pVV ist als Gesamtanalogie bereits selbständiger Haftungstatbestand und zu unterscheiden von der Reduktion eines einzelnen gesetzlichen Haftungstatbestandes. Dies müßte m.E. deutlich herausgestellt werden. Es geht hier allein um die Frage, ob die Erfüllungsverweigerung noch durch den § 326 erfaßt wird oder ob sie ausschließlich

¹Die Begriffe Gesamtanalogie und Einzelanalogie stammen von Larenz, Methodenlehre, S. 368, 369; herkömmlicherweise werden hierfür die Begriffe Rechtsanalogie und Gesetzesanalogie verwandt, vgl. Ennecerus-Nipperdey, BGB-AT § 58 Abs. II, Wüstendorfer nennt die Einzelanalogie "einfache Analogie", die Gesamtanalogie "qualifizierte Analogie", vgl. Wüstendorfer, Rechtsfindung, S. 150, 151; Cararis bezeichnet die Gesamtanalogie nicht mehr als Analogie, sondern als "Induktion", vgl. dazu Cararis, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 97, 98.

²RGZ 120, 54 (57); 67, 317 (319); 171, 297 (300, 301).

³Würdinger in RGRK-HGB Bd. IV, Anm. 86 b, Anhang zu § 374; Emmerich in Jus 1977, 548.

als selbständige Vertragspflichtverletzung iSd pVV-Lehre behandelt werden muß. Der Haftungstatbestand der pVV steht selbständig neben denen des Verzuges und der Unmöglichkeit und ist streng von diesen zu trennen. Hat man festgestellt, daß die Erfüllungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung beinhaltet, dann ist der Haftungstatbestand bereits geschaffen und eine Prüfung des Verzugsstatbestandes nicht mehr erforderlich.

Aber selbst wenn man die pVV nicht als Subsumtionsmittel beim Tatbestand des § 326 benutzt, sondern losgelöst von diesem gesetzlich geregelten Haftungstatbestand die Lehre Staubs als selbständige Haftungsgrundlage zur Problemlösung heranzieht¹, ergeben sich hiergegen erhebliche Bedenken:

Zunächst einmal bestehen diese gegen die damit angewandte Methodik, von vornherein einer Gesamtanalogie gegenüber einer auf einen bestimmten gesetzlichen Tatbestand fundierten Lösung Vorrang einzuräumen. Die pVV-Lehre stellt, wie bereits gesagt, eine an dem Sinngehalt mehrerer Normen orientierte Gesamtanalogie dar, die von daher hinsichtlich des noch subsumierbaren Sachverhalts wenig konkrete, im Gesetz klar umrissene Anhaltspunkte gibt. Die Arten der erfaßten Pflichtverletzungen sind folglich auch sehr vielfältig, die pVV ist eine Art Auffangtatbestand. Es muß hier berücksichtigt werden, daß die Erfüllungsverweigerung in den allermeisten Fällen mit einer anderen vom Gesetzgeber erfaßten Leistungsstörung, der schuldhaften Leistungsverzögerung, einhergeht.² Die Lösung dieser Fälle

¹so z.B. Staudinger-Kaduk, Rdn. 63 zu § 326.

²Es gibt nur wenige Entscheidungen zur Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit, was ganz einfach darauf beruht, daß, bevor die Leistungspflicht auch praktisch akut wird, der Schuldner sich idR zur Erklärung der Erfüllungsverweigerung nicht veranlaßt sieht.

über die pVV-Lehre mißachtet jedoch diesen Umstand und stellt ausschließlich auf das in der Erfüllungsverweigerung liegende selbständige, von der schuldhaften Leistungsverzögerung unabhängige Pflichtverletzungsmoment ab. Der Richter ist aber gehalten, Problemfälle in enger Anlehnung an das Gesetz zu lösen. Hier ist ein gesetzlich geregelter Haftungstatbestand auch ohne das Vorliegen einer Mahnung oder Fristsetzung allein durch die bereits vorhandene Leistungsverzögerung teilweise gegeben. Die Problemlösung aus diesem gesetzlich normierten Haftungstatbestand liegt damit sehr nahe. Dabei ist das Rangverhältnis zwischen Auslegung - Einzelanalogie und der damit korrespondierenden teleologischen Reduktion¹ - Gesamtanalogie zu beachten. Es besteht ein Unterschied des Grades und Maßes der Entfernung vom Gesetz auch zwischen Einzelanalogie (bzw. teleologischer Reduktion) und Gesamtanalogie. Bei der ersteren handelt es sich gewissermaßen um eine bescheidene Anleihe für einen Notfall, bei der letzteren um einen großzügigen Versuch, die Einheit des Rechtsganzen zur Geltung zu bringen und auszuwerten.² Der Anteil des Richters an der Entscheidung ist bei der Gesamtanalogie erheblich größer als bei der Einzelanalogie (und der teleologischen Reduktion).³ Dies

¹Zum Unterschied Analogie - teleologische Reduktion vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 378, ferner unten S. 86. Die teleologische Reduktion wurde auch als "Gegenanalogie" verstanden, vgl. Dahm, Deutsches Recht, § 4 V.

²Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 147.

³Larenz, Methodenlehre, 2. Aufl., S. 54. So sagt Westhelle zur pVV: "Es herrschen Billigkeitsrecht und Einzelfalljudikatur", Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, S. 14.

führt einmal zu der größeren Gefahr der Verfälschung des gesetzgeberischen Willens, zum anderen ergeben sich auch methodisch größere Schwierigkeiten. Während sich die methodischen Prüfungsziele bei der Einzelanalogie im wesentlichen auf die Ermittlung der ratio legis und ihre Anwendung auf den zu lösenden Fall erschöpfen, taucht bei der Gesamtanalogie noch die zusätzliche Frage auf, ob es sich bei den ihr zugrundeliegenden verschiedenen Normen um ein allgemeines Prinzip handelt, das dann auch den zu lösenden Fall erfaßt, und nicht nur um eine Reihe von Sondertatbeständen.¹ Nun ist inzwischen anerkannt, daß die Haftungstatbestände der §§ 280 ff. ein solches allgemeines Haftungsprinzip für schuldhaftes Handeln enthalten, jedoch sind die genauen Rechtsfolgen der positiven Vertragsverletzungen nicht ohne Schwierigkeiten festzustellen, da die der pVV zugrundeliegenden Rechtsnormen für Vertragsverletzungen recht unterschiedliche Rechtsfolgen vorsehen. Hinsichtlich dieser Rechtsfolgen ist gerade kein allgemeines Prinzip gesichert.² Gerade bei dem Hauptproblem, ob die Lösung von der Primärleistungspflicht ermöglicht werden soll, bedarf es einer besonderen Prüfung, nämlich, ob dem Gläubiger nach Treu und Glauben ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann.³

Hier muß also zusätzlich im Einzelfall eine Generalklausel kumulativ herangezogen werden, während bei der Einzelanalogie wie der teleologischen Reduktion mit der Ermittlung der ratio legis und ihrer Ausweitung auf den zu lösenden Fall die Rechtsfolgen definitiv festgelegt sind. Es besteht aber m.E. keinerlei Veranlassung, von einem gesetzlich normierten Tatbestand, der bereits teilweise gegeben ist, auf eine Gesamtanalogie auszuweichen. Bevor man einen Vertragsverstoß als pVV deklariert, muß man vielmehr genau darauf

¹vergl. hierzu Canaris, a.a.O., S. 99.

²vergl. allein die Erörterungen bei Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzungen, S. 133 ff.

³vergl. BGHZ 11, 80 (84, 86).

achten, ob das fragliche Verhalten mitsamt seinen Auswirkungen nicht bereits von den gängigen Tatbeständen der Leistungsstörung erfaßt und geregelt wird.¹ Nur dort, wo keine den Sachverhalt treffende BGB-Vorschrift auffindbar ist, kommt deshalb eine Behandlung nach den Regeln der pVV in Betracht.² Hier ist mehr gegeben als in den typischen pVV-Fällen der Schlechtleistung oder Nebenpflichtverletzung: es wird nämlich die Hauptleistung nicht erbracht werden. Damit liegt der zu beurteilende Sachverhalt bereits ganz dicht am Verzug und, falls die Mahnung bereits erfolgte, am Tatbestand des § 326. Dann ist die Problemlösung aber auch über diesen Tatbestand zu suchen, da sie so der gesetzlichen Regelung näher steht und nicht ohne zwingenden Grund auf ein zur Lückenausfüllung entwickeltes Rechtsinstitut ausweicht.³

Die pVV ist ein Sammelname geworden für Tatbestände, die eigentlich nur wenig Gemeinsamkeiten aufweisen und sich weder nach der Art der verletzten Pflichten, der Form der Verletzung, noch der Wirkung der Verletzung in Beziehung setzen lassen. Wegen der mit dieser Lehre verbundenen Gefahr der Verfälschung des gesetzgeberischen Willens ist ihrer uferlosen Ausweitung entgegenzutreten und sie auf die Fälle zu beschränken, die klar zwischen den vom Gesetz ausdrücklich erfaßten Leistungsstörungen Unmöglichkeit - Verzug liegen und damit nicht mehr aus einem dieser Tatbestände gelöst werden können.

Rechtsprechung und Literatur stellen m.E. unzutreffenderweise auf eine Vertragszweckgefährdung ab. Wenn man aber berücksichtigt, daß allgemein eine endgültige

¹ Esser-Schmidt, § 29 III 3, S. 108.

² ders. ebenda.

³ vgl. hierzu auch Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 48, der allerdings § 325 anwenden will.

Erfüllungsverweigerung verlangt wird, kann eine solche Gefährdung gar nicht mehr vorliegen. Denn Zweck des Vertrages ist doch - unbeschadet der möglichen zwangsweisen Durchsetzung des Anspruchs - der freiwillige Leistungsaustausch. Jeder Vertragsschließende verspricht, seine Leistung freiwillig zu erbringen und zwar deshalb, weil der andere ebenfalls verspricht, freiwillig seine Leistung zu erbringen. Die Freiwilligkeit des Leistungsaustausches ist wesentliches Motiv der Vertragsschließenden. Die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung des eigenen Anspruchs steht zunächst nicht im Vordergrund, sondern hat für die Vertragsschließenden nur sekundäre Bedeutung für den Notfall. Die zwangsweise Durchsetzung wird im Regelfall schon allein durch die mit ihr verbundene zeitliche Verzögerung des Leistungserhalts gegenüber dem ursprünglich vorgesehenen freiwilligen Leistungsaustausch ein Minus darstellen. Dies insbesondere deshalb, weil in der heutigen Industriewirtschaft der überwiegende Teil der Leistungen austauschbar und der Leistungsgegenstand auch anderwärts zu beschaffen ist. Der individuelle Charakter der Leistung hat abgenommen und im Gegensatz zu den Zeiten der Naturalwirtschaft die zwangsweise Durchsetzung von Erfüllungsansprüchen an Bedeutung verloren. Dem trägt der § 326 Abs. I Rechnung, indem er die Möglichkeit, auf Sekundärrechte überzugehen, geschaffen hat. Zwar ist auch heute noch der andere Weg der zwangsweisen Durchsetzung des Primäranspruchs gegeben, jedoch liegt in ihm nicht der von den Vertragsparteien bei Vertragsschluß primär verfolgte Vertragszweck.

Verweigert nun aber der Schuldner ernsthaft und endgültig die Erfüllung seiner Leistungspflicht, dann muß für den Gläubiger dieser primäre Vertragszweck des freiwilligen Leistungsaustausches bereits als endgültig vereitelt gelten, da für ihn nur noch die Zwangsvollstreckung übrig bleibt. Damit ist allerdings noch nicht

Unmöglichkeit gegeben,¹ da der Leistungserhalt noch möglich bleibt und zudem der Schuldner trotz der Endgültigkeit und Ernsthaftigkeit seine Weigerung im Einzelfall noch widerrufen kann.² Die Vereitelung darf hier also nicht mit Unmöglichkeit gleichgesetzt werden. Sie liegt aber bereits zwischen der bloßen Gefährdung des Vertragszwecks und der Unmöglichkeit. Der bloße Verzug gefährdet den Vertragszweck, gleichwohl sind die Leistungsaufforderungen nach § 326 Abs. I nicht entbehrlich. Die Gefährdung des Vertragszwecks kann somit nicht Kriterium für den Verzicht auf Leistungsaufforderungen sein. Dem trägt man auch bei der nichtendgültigen Erfüllungsverweigerung Rechnung, indem man hier noch Mahnung und Fristsetzung verlangt. Bei der endgültigen Erfüllungsverweigerung ist zu berücksichtigen, daß schon mehr vorliegt, nämlich eben wegen ihrer Endgültigkeit eine Vertragszweckvereitelung.³

5. Der Lösungsweg über § 326 Abs. I.

Aus dem unter Ziff. 4 Erörterten ergibt sich, daß zunächst zu versuchen ist, das Problem aus einem der gesetzlich normierten Haftungstatbestände zu lösen. Es geht dabei um die Frage, ob das an sich sinnvolle Prinzip des Vorrangs der Leistungspflicht vor der Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung und vor dem Rücktrittsrecht noch einer weiteren Einschränkung bedarf, als sie im Gesetz vorgesehen ist. Das Problem ist aber zu-

¹Die Anwendung der Unmöglichkeitsvorschriften, die Fritz und Jakobs (s.o. S. 494) vorschlagen, ist daher abzulehnen; soweit sie aber entscheidend auf das Ausbleiben der freiwilligen Leistung abstellen, ist ihnen zu folgen.

²s.u. S. 165.

³Zu Recht spricht Rabel daher von einem Tatbestand der Gewißheit, s.o. S. 54, Fn. 2.

nächst einmal nicht dahin zu stellen, ob es neben den im Gesetz geregelten Haftungstatbeständen noch einen weiteren Haftungstatbestand erfordert, sondern ob und inwieweit eine Ergänzung der besonderen Gründe gerechtfertigt ist, an deren Vorliegen nach der Regelung des Gesetzes das Recht des Gläubigers geknüpft ist, statt der Naturalerfüllung etwas anderes zu verlangen.¹ Nur soweit sichergestellt ist, daß eine normbezogene Lösung nicht möglich ist, ist die Frage zu stellen, ob und mit welchen Rechtsfolgen eine Haftung nach allgemeinen Haftungsmaßstäben möglich ist. Für die Fälle der Erfüllungsverweigerung bei und nach Fälligkeit bietet sich wegen der gleichzeitig vorliegenden schuldhaften Verzögerung des Leistungserhalts der § 326 Abs. I als Haftungstatbestand an.

Für diese Fälle erscheint mir der von Larenz² angedeutete Weg der teleologischen Reduktion³, der letztlich auch in vielen Entscheidungen der Rechtsprechung⁴ zum

¹Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 48.

²s.o. S. 59.

³Zur teleologischen Reduktion vgl. im einzelnen unten S. 86; Lehmann-Hübner, BGB AT, S. 65 benutzt den Begriff "zweckgetreue Gebotseinschränkung". Nipperdey bei Enneccerus-Nipperdey BGB AT, § 59 I, den Begriff "Restriktion".

⁴vgl. ROHG 3, 319 ff.; 5, 107, RGZ 108, 69; 90, 317 (318) 102, 262 (266); BGH in DB 1957, 1048; 1971, 1204, die § 326 anwenden und auf Mahnung bzw. Fristsetzung mit dem Hinweis auf deren Sinn und Zweck verzichten.

Ausdruck kommt, zunächst der dogmatisch richtige Lösungsvorschlag. Wie die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit zu behandeln ist, soll später gesondert untersucht werden.¹

¹s.u. S. 137 ff.

D Der eigene Lösungsweg.

I. Die Erfüllungsverweigerung ab Fälligkeit der Leistung als Verzugsfall - Der Lösungsweg der teleologischen Reduktion des § 326 Abs. I.

Aus den o. g. Gründen soll nun für die Fälle der Erfüllungsverweigerung ab Fälligkeit der Leistung untersucht werden, inwieweit sie - auch ohne daß Mahnung und Fristsetzung erfolgt sind - allein aufgrund der Tatsache, daß sie mit einer schuldhaften Leistungsverzögerung verbunden sind, über § 326 Abs. I zu behandeln sind. Dabei wird der Schwerpunkt der Untersuchung bei der Frage liegen, welcher Grundgedanke dem Gesetz bei der Gewährung des Rechts zur Umgestaltung des Primärleistungs- zum SekundärLeistungsverhältnis und der dabei geforderten Fristsetzung zugrundeliegt.

1. Grundlegendes zur Lösungskonzeption

Die teleologische Reduktion ist ebenso wie die Analogie ein Mittel der Lückenausfüllung. Beide Mittel richterlicher Rechtsfindung unterscheiden sich im wesentlichen dadurch, daß bei der Analogie eine sogenannte offene Lücke vorliegt, d.h. daß das Gesetz für eine bestimmte Fallgruppe keine Regel enthält, die auf sie anwendbar wäre,¹ obgleich es nach seiner eigenen Teleologie eine solche Regel enthalten sollte, während bei der teleologischen Reduktion nur eine "verdeckte" Lücke vorliegt, d.h. das Gesetz zwar eine auch auf Fälle dieser Art anwendbare Regel enthält, die aber ihrem Sinn und Zweck nach auf diese Gruppe nicht paßt, weil sie deren für die Wertung relevante Besonderheit außer acht läßt. Die Lücke besteht im letzteren Fall in dem Fehlen einer Einschränkung. Sie ist deshalb "verdeckt", weil es wenigstens für den ersten Blick an einer hier anwendbaren Regel nicht fehlt.²

¹ Davon gehen die Lösungsvorschläge der pVV-Lehre aus, die an die Erfüllungsverweigerung als solche anknüpfen und das Verzögerungsmoment außer acht lassen.

² Larenz, Methodenlehre, S. 362.

Es wurde bereits betont, daß die Fälle der Erfüllungsverweigerung ab Fälligkeit mit der in §§ 284, 285, 286, 326 geregelten schuldhaften Leistungsverzögerung einhergehen. Für diese findet sich also im BGB eine positive Regelung. Allerdings werden dem Gläubiger, will er aus dieser Pflichtverletzung Ansprüche herleiten, die Obliegenheiten der Mahnung bzw. für die Lösung des Primärleistungsverhältnisses der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung abverlangt. Beide Maßnahmen werden jedoch vom Gläubiger im Falle der Erfüllungsverweigerung in der Praxis zumeist nicht ergriffen. Die Frage ist daher, ob das Gesetz hier insoweit eine verdeckte Lücke enthält, als es nach seinem Sinn und Zweck wegen der mit der Leistungsverzögerung verbundenen Besonderheit der Erfüllungsverweigerung hinsichtlich dieser Rechtsfolgeveraussetzungen einer weiteren Einschränkung bedarf, wie sie schon für die Mahnung in § 284 Abs. II und für die Fristsetzung in § 326 Abs. II vorgesehen ist.

Wird eine derartige Einschränkung bejaht, hat die Lückenausfüllung durch die Hinzufügung der sinngemäß geforderten Einschränkung zu erfolgen.¹

2. Die Entscheidungskriterien.

Es gilt nunmehr, zur Lückenfeststellung und Lückenausfüllung den den Verzugsvorschriften immanenten Sinngehalt zu erfor-

¹Larenz, a.a.O., S. 377, Lückenfeststellung und Lückenausfüllung sind damit eine einheitliche Denkopoperation (Larenz, a.a.O., S. 389). Die typischen Fälle der teleologischen Reduktion gehen dahin, daß die Norm dann insgesamt keine Anwendung findet, vgl. die Beispiele bei Larenz, a.a.O., S. 377 ff., aber auch der hier vorliegende Fall, daß eine Norm nur hinsichtlich seiner Tatbestandsvoraussetzungen eingeschränkt wird und dann gleichwohl die in ihr genannten Rechtsfolgen eingreifen sollen, gehört hierher, vgl. Larenz, Schuldrecht I, § 24 I Fn. 4.

schen. Entscheidend sind dabei die Werte, an denen das Gesetz die Auflösung des Primärleistungsverhältnisses knüpft. Bei der Ermittlung des Willens des Gesetzgebers soll dieser nicht allein als geschichtlicher Wille idS verstanden werden, als das allein auf den Zeitpunkt der Gesetzgebung abgestellt wird,¹ sondern auch der Wille des Gesetzes, wie er sich aus den heutigen Werturteilen darstellt², berücksichtigt werden. Auf diese Weise wird die rechtspolitische Zwecksetzung der Verzugsvorschriften als Grundlage der Rechtsfindung zu ermitteln sein. Wichtig ist dabei die Frage, ob das Gesetz die Lösung vom Primärleistungsverhältnis unbedingt an die in § 326 Abs. I gesetzten Voraussetzungen in dem Sinne geknüpft haben wollte, daß eine weitere Ausweitung für den vorliegenden Fall der Erfüllungsverweigerung bewußt ausgeschaltet werden sollte (bewußte Lücke) oder ob eine planwidrige Lücke vorliegt.

a) Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen des Rechts zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis³ beim Verzug.

Es sei nun zunächst untersucht, aus welcher rechtsgeschichtlichen Situation heraus der Gesetzgeber das Recht auf Lösung des Primärleistungsverhältnisses geschaffen hat. Schon daraus können sich Kriterien ergeben für die Frage nach dem Sinngehalt des § 326 Abs. I und für die Frage, ob der Gesetzgeber hier bewußt die Erfüllungsverweigerung unberücksichtigt gelassen hat und die Rechtsfolgen des § 326 damit verweigern wollte, oder ob es sich um eine unbewußte Lücke im Gesetz handelt.

Das Recht auf Lösung vom ursprünglichen Leistungsgegenstand und zum Übergang auf das Surrogat ist im BGB nur sehr

¹So die subjektive Auslegungstheorie, vgl. hierzu Bartholomeyczik, Gesetzesauslegung, S. 42 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 302 ff.

²So die objektive Theorie, vgl. Bartholomeyczik u. Larenz, a.a.O.

³Nämlich des Rechts zum Rücktritt oder zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung.

zurückhaltend - für die Unmöglichkeit wegen des zwingenden Postulats des "impossibilum nulla est obligatio" und für den Verzug nur mit Einschränkung (Fristsetzung) - gewährt. Diese Zurückhaltung wird verständlich auf dem Hintergrund der Entwicklung des Begriffs der Obligation, wie er bis zum Ende des 19. Jahrhunderts erreicht war:¹

(1) Die allgemeine Entwicklung des Auflösungsrechts.

Im römischen Recht war der Vorrang der Naturalerfüllung bestimmend gewesen. Die Obligation war hier unbedingt durchzuführen und das Recht, wegen einer Leistungsstörung des Vertragspartners mit der eigenen Nichtleistung zu reagieren, war nicht bekannt.² Eine derartige Reaktion setzt nämlich ein synallagmatisches Verhältnis der vertraglichen Leistungspflichten voraus, aber gerade dieses war im römischen Recht noch nicht so wie in unseren heutigen Kodifikationen ausgeprägt. Der gegenseitige Vertrag war dort vielmehr noch so konstruiert, daß Leistungs- und Gegenleistungspflicht selbständig und unabhängig voneinander waren und sich nicht gegenseitig beeinflussen konnten. Für die Römer war letztlich auch der gegenseitige Vertrag nichts anderes als eine Kombination zweier einseitiger Verträge. Erst später wurde die enge Verbundenheit beider Leistungen anerkannt.³ Ein Rücktrittsrecht allein wegen des Verzugs des Schuldners wurde gleichwohl nicht gewährt. Die Gläubigerrechte blieben vielmehr auf den Erfüllungsanspruch und den Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens beschränkt. Im römischen Recht stand damit weitestgehend die Durchsetzung des Leistungsanspruchs im Vordergrund.

¹vergl. Leser, Festschrift für Rheinstein, S. 644.

²vergl. Kaser, Römisches Privatrecht II, S. 324 Fn. 63.

³Dernburg, Kompensation, S. 58-62 m.w.N.

Ähnlich war die Auffassung im gemeinen Recht. Auch hier wurde ein allgemeines Rücktrittsrecht nicht gewährt. Es galt vielmehr der Grundsatz, daß bei allen zweiseitigen Verträgen die Nichterfüllung des einen Teils den anderen nur berechtigt, auf Erfüllung und Schadensersatz wegen der Nichterfüllung der Vertragspflicht (nicht aber des ganzen Vertrages) zu klagen.¹ Nur für den Fall, daß die Erfüllung nach eingetretenem Verzug des Schuldners den Umständen nach dem Gläubiger nichts mehr nützen würde, wurde ein Rücktritt zugelassen.²

Die partikularrechtlichen Kodifikationen, die später das ADHGB und BGB entscheidend beeinflussten, zeigen demgegenüber eine sehr unterschiedliche Auffassung von den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen des Schuldners:

So war zunächst im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 die Erfüllungsverweigerung sogar ausdrücklich tatbestandlich erfaßt:

§ 393: Die von der einen Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages berechtigt den Anderen in der Regel noch nicht, von dem Vertrage selbst wieder abzugehen.

§ 394: Vielmehr steht es ihm nur frei, den Gegentheil zu der versprochenen Erfüllung, und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten.³

Hier war die Erfüllungsverweigerung als Leistungsstörung erkannt und den anderen Leistungsstörungen gleichgestellt. Hinsichtlich der Rechtsfolgen blieb das ALR aber weitgehend auf dem Standpunkt des gemeinen Rechts und hielt an dem Bestre-

¹ vgl. Scherner, Rücktrittsrecht, S. 140 m.w.N. So auch die Motive zum Entwurf eines BGB, Bd. II § 360, S. 198: "Der Grundsatz, daß, wenn der eine Vertragsschließende seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, der andere, abgesehen von den durch Gesetz und Vereinbarung festgesetzten Ausnahmen, deshalb nicht berechtigt ist, einseitig vom Vertrage abzugehen, entspricht dem gemeinen Recht ..."

² Scherner, Rücktrittsrecht, S. 146 ff.

³ Abgedruckt bei Koch, Allgemeines Landrecht, Bd. I, S. 227 ff.

ben, die Durchsetzung der geschuldeten Leistung unbedingt sicherzustellen, fest.¹

Nur unter strengsten Voraussetzungen wurde ein Rücktrittsrecht gewährt:

§ 396: Ist der Inhalt des Vertrages klar; der eine Theil aber weigert die Erfüllung seiner darin übernommenen Verbindlichkeiten, aus dem Grunde, weil der Andere die seinigen nicht gehörig erfüllt habe, oder solchergestalt nicht erfüllen könne; so muß dieser Weigerungsgrund gerichtlich untersucht werden.

§ 397: Wird derselbe rechtskräftig verworfen, so hat derjenige, welcher auf die Erfüllung antrug, die Wahl: ob er nunmehr ferner darauf bestehen, und mit dem Ersatz des aus der ungegründeten Weigerung entstandenen Schadens sich begnügen, oder von dem Vertrage ganz zurücktreten wolle.

§ 399: Wird aber die Weigerung desjenigen, der zur Erfüllung aufgefordert worden, durch ein rechtskräftiges Urteil für erheblich geachtet, so hängt es von dem Weigernden ab, die Erfüllung nur so, wie sie von dem Richter bestimmt worden, zu leisten, oder von dem Vertrage ganz abzugehen.

Damit traute das ALR den Vertragspartnern die Beurteilung der Frage des Vorliegens einer Vertragspflichtverletzung selbst nicht zu, sondern unterstellte diese Untersuchung und damit das Auflösungsrecht der Kontrolle des Staates. Erst nach der Überprüfung des Rechtsverhältnisses durch den Richter wurde das Recht zur Auflösung des Primärverhältnisses gewährt.

Der ungedruckte Entwurf² des ALR war demgegenüber bedeutend weitergegangen und hatte das synallagmatische Verhältnis von Leistung und Gegenleistung deutlicher zum Ausdruck gebracht:

§ 268: Wenn der eine Theil vom Vertrage abgehet, so hat der andere die Wahl, ob er ein Gleiches tun oder auf Erfüllung des Vertrages dringen wolle.

¹ vergl. Koch, a.a.O., S. 277 Fn. 100.

² abgedruckt bei Bornemann, Preussisches Civilrecht, S. 638.

§ 274: Was in Ansehung des nicht gehörig erfüllten Vertrages bestimmt worden, das muß auch auf den Fall angewendet werden, wenn einer der Contrahenten, in Ansehung der Zeit, des Orts oder einer anderen Nebenbedingung die Erfüllung des Vertrages verweigert.

Hier war also die richterliche Überprüfung nicht vorgesehen. Dagegen erhoben sich jedoch Bedenken dahingehend, daß aus der vorschnellen Wahrnehmung dieser Rechte Verwirrungen, Schikanen und Prozesse entstehen könnten.¹ Der gedruckte Entwurf § 269 wurde daher abgemildert, indem man die Rücktrittsrechte davon abhängig machte, daß der Inhalt des Vertrages klar sein müsse und die Erfüllungsverweigerung unter "zweifelhaften" und "weitläufigen Erörterungen bedürftenden Ausflüchten" erklärt wurde. Aber auch diese Fassung konnte sich nicht durchsetzen. Man befürchtete weiter, daß die durch voreilige Lösungen des Vertrages hervorgerufenen Prozesse weitaus zahlreicher sein würden als die Prozesse auf Feststellung des Weigerungsgrundes.² Somit blieb es schließlich bei dem gemeinrechtlichen Grundsatz, daß die verweigerter Erfüllung von der einen Seite die andere zunächst nur zur Klage auf Erfüllung berechtige.³

Eine gewisse ausweitende Tendenz zeigte das ALR hingegen bei Verträgen, deren Hauptleistungen Handlungen sind. Die §§ 408-410 gaben hier ein sofortiges Rücktrittsrecht des Gläubigers ohne Einschaltung des Gerichts, wenn dieser "die nichtcontractmäßige" Erfüllung durch den Partner behauptete. Der Gläubiger trug jedoch die Gefahr der Schadensersatzpflicht, falls die spätere gerichtliche Untersuchung die Unrichtigkeit seiner Behauptung ergab (§ 409). Grund für dieses großzügige, einfach zu handhabende Rücktrittsrecht war der Umstand, daß gerade bei derartigen Verträgen die

¹vergl. Bornemann, a.a.O., S. 639.

²Bornemann, a.a.O., S. 643 mit Verweis auf Suarez, den Hauptbefürworter eines weitergehenden Rücktrittrechts.

³ders., a.a.O., S. 643.

spätere Leistungsklage häufig erfolglos sein und gleichzeitig aber das Fortbestehen des Vertrages während des Prozesses die Handlungsfreiheit des vertragstreuen Teils einschränken würde.¹ Ebenso war die Regelung für Verträge, in denen Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegeneinander versprochen wurden. Auch hier war ein jederzeitiger Rücktritt möglich, sobald der andere die Erfüllung verweigerte (§§ 876 ff.).

Die §§ 396 ff. ALR stellten sich später als gesetzgeberischer Mißerfolg dar², da sich der Weg über das Gericht als wenig interessengerecht erwies. Die Auflösung des Vertrages wurde unzumutbar in die Länge getrieben und die durch den zunehmenden Handelsverkehr verstärkt geforderte Dispositionsbereitschaft verhindert. Die §§ 396 ff. ALR erlangten damit wenig praktische Bedeutung.³

Auch im Code Civil von 1804 war die Auflösung des Vertrages wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit von der richterlichen Kontrolle abhängig gemacht worden. Maßgeblich war hier der heute noch gültige Art. 1184:

La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention, lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

¹Bornemann, a.a.O., S. 644.

²vergl. die Motive im "Entwurf eines HGB für die preuß. Staaten", S. 130; ferner RGZ 36, 221 (226 ff.).

³Bornemann, a.a.O., S. 651; Scherner, a.a.O., S. 185 m.w.N.; es wurde demzufolge versucht, einen uneingeschränkten Rücktritt damit zu erreichen, daß man den Verzug als Unmöglichkeit der fristgerechten Erfüllung ansah (§ 369), oder an das gemeinrechtliche Rücktrittsrecht wegen Nutzlosigkeit der Leistung anknüpfte.

Hier wurde also eine stillschweigende auflösende Bedingung für den Fall unzureichender Erfüllung durch einen Vertragspartner fingiert. Das somit gewährte Rücktrittsrecht wurde allerdings im dritten Absatz wiederum dadurch eingeschränkt, daß die Auflösung nicht durch den Gläubiger selbst, sondern nur durch den Richter vorgenommen werden sollte. Dieser konnte, anders als nach dem ALR, dem Schuldner noch eine Frist zur Erbringung der Leistung bewilligen. Auch im Code Civil ist damit nur ein schwieriges und zeitraubendes Auflösungsrecht gewährt worden. Mit dem damit aber immerhin geschaffenen allgemeinen Rücktrittsrecht brach das französische Recht bereits mit den hergebrachten Grundsätzen des römischen Rechts.^{1,2}

Die starke Beschränkung dieses Rechts wurde in Frankreich in der Folgezeit in einer Vielzahl von Fällen als unbillig empfunden und demzufolge eine ipse jure Befreiung des Gläubigers z.T. mittels Analogien, z.T. durch Sondergesetze ermöglicht.³ Entgegen der Regelung des Art. 1184 CC gewährt die heutige französische Rechtsprechung in drei Fällen ein Recht zur einseitigen Vertragsaufhebung: 1. wenn ein offenkundiger Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, 2. wenn die Nichterfüllung die Interessen der anderen Partei unmittelbar gefährdet und eine notstandsähnliche Situation herbeigeführt wird und 3., wenn das vertragliche Gleichgewicht ganz offensichtlich gestört ist.⁴ Auch der Code Civil hat daher hinsichtlich der Vorschriften zur Vertragsauflösung eine extreme Abänderung erfahren.

¹Der Code Civil ist weniger vom römischen Recht geprägt, als von den Werken Pothiers, vergl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, S. 210, 211.

²Zu den Schwierigkeiten, die bis heute aus diesen Vorschriften des Code Civil im französischen Recht bestehen vergl. Landfermann, Vertragsauflösung, S. 17 ff., 50 ff.

³derselbe, a.a.O., S. 42 ff., 71 ff., 75 ff.

⁴derselbe, a.a.O., S. 77 m.w.N.

Die Vorschriften des Code Civil wurden später im badischen Landrecht von 1809 mit den Vorschriften der §§ 1146, 1184 und 1654 in den deutschen Sprachraum übernommen.

Andere Kodifikationen zeigten sich demgegenüber von diesen zumindest teilweise schon fortschrittlichen Regelungen im ALR und Code Civil unbeeinflusst und verblieben ganz bei dem strengen gemeinrechtlichen Grundsatz der unbedingten Durchführung des Vertrages:

Das österreichische Allgemeine Gesetzbuch von 1811 betonte ausdrücklich in § 919:

Wenn ein Theil den Vertrag entweder gar nicht; oder nicht zu der gehörigen Zeit; zu dem gehörigen Orte; oder auf die bedungene Weise erfüllet; so ist der ander Theil, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, oder einem ausdrücklichen Vorbehalte, nicht berechtigt, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern.

Bei der Schaffung dieses Gesetzes war in verschiedenen Entwürfen¹ zunächst der Versuch gemacht worden, ebenfalls ein grundsätzliches Rücktrittsrecht zuzulassen, jedoch wurde dieses schließlich mit dem Hinweis, es sei dem österreichischen Recht fremd, abgelehnt.²

Ebenso stand das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863 weiter auf dem Boden des Gemeinen Rechts. Der § 864³ sagte hier ebenfalls deutlich:

Man kann nicht einseitig von einem Vertrage zurücktreten und dessen Erfüllung verweigern, weil der Gegner noch nicht erfüllt hat, oder die Umstände, unter welchen der Vertrag geschlossen worden ist, sich geändert haben, oder die Leistung oder Gegenleistung in einem Mißverhältnisse zu einander stehen, ausgenommen, wenn eine besondere Verabredung oder gesetzliche Bestimmung dazu berechtigt.

¹ vergl. die Aufstellung bei Scherner, Rücktrittsrecht, S. 132.

² vergl. Ofner, Urentwurf, S. 17, 18.

³ abgedruckt bei Siebenhaar, Das bürgerl. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, S. 169.

Eine Ausnahme bestand gem. § 741 auch hier bei Forderungen auf vertretbare Sachen. Hier konnte der Gläubiger beim Verzug des Schuldners ohne weiteres zurücktreten und war zur Durchsetzung der Forderung nicht gezwungen.

Neben diesen Kodifikationen gab es eine Reihe von in der Praxis nie wirksam gewordenen Kodifikationsentwürfen, die ebenfalls die recht unterschiedliche Auffassung vom Recht zur Auflösung des Vertrages widerspiegeln:

Am weitestgehenden war hier der preußische Entwurf eines Obligationsrechts von 1842,¹ der das ALR wegen des dort vorgesehenen umständlichen Rücktrittsverfahrens verbessern sollte. Der § 377 dieses Entwurfs nahm demzufolge Abstand von dem Erfordernis richterlicher Untersuchung:

Wird der Vertrag von dem einen Theile nicht erfüllt, oder die Erfüllung über die, durch Gesetz oder Willenserklärung bestimmte Zeit hinaus verzögert; so hat der andere Theil die Wahl, entweder die Erfüllung nebst vollständiger Entschädigung zu verlangen, oder vom Vertrage ganz zurückzutreten.

Die Gefahr eines voreiligen, leichtfertigen Rücktritts wurde dadurch gemindert, daß für diesen Fall dem anderen dann ein Rücktrittsrecht bzw. ein Schadensersatzanspruch gewährt wurde (§380).

Demgegenüber wurde im Dresdner Entwurf (1866) bestimmt, daß der Rücktritt wegen Nichterfüllung abzulehnen sei: Art. 151:

Erfüllt ein Vertragsschließender seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig von dem Vertrage abzugehen, wenn nicht durch besondere Vereinbarung oder gesetzliche Vorschrift etwas anderes bestimmt ist.

Interessant sind hier die Motive, die der besonderen Hervorhebung der Unzulässigkeit des Rücktritts zugrundelagen. Man

¹abgedruckt in: Bürgerliches Gesetzbuch für die Preußischen Staaten, Theil 3, Obligationsrecht (Entwurf), S. 59.

ging nämlich davon aus, daß häufig im Kreis der Laien, ja mitunter auch im Kreise der Juristen die irrtümliche Annahme eines durch den Verzug begründeten Rücktrittsrechts anzutreffen sei.¹ Diesem Irrtum müsse begegnet werden. Man wollte also bewußt ein Gesetz im Widerspruch zur Volksmeinung schaffen.²

Der Art. 138³ des Bayrischen Entwurfs (1861) wiederum ließ ein allgemeines Rücktrittsrecht zu, allerdings auch nur unter der Einschränkung der richterlichen Untersuchung und ggfs. einer Fristbestimmung durch den Richter.

Ebenso das Schweizer Obligationsrecht von 1881, das, bereits unter dem Einfluß des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches von 1861, gleichfalls ein allgemeines Rücktrittsrecht ohne richterliche Kontrolle, allerdings erst nach Ablauf einer angemessenen Frist, gewährte.⁴

(2) Die Entwicklung des Auflösungsrechts im Handelsrecht.

Bedingt durch die besonderen Verhältnisse im Handelsverkehr entwickelte sich hier bereits relativ früh - in der

¹vergl. die Protokolle der Kommission zur Ausarbeitung eines allgemeinen deutschen Obligationsrechts, S. 453 ff.

²vergl. hierzu Lehmann, Verzugswirkung, S. 52.

³Art. 138 Abs. I: "Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Theil in der Erfüllung säumig, so hat der andere die Wahl, ob er die Erfüllung oder Auflösung des Vertrages, Rückgabe des von ihm bereits Geleisteten und Schadensersatz verlangen will."

Abs. II: "Fordert der Kläger die Auflösung des Vertrages, so kann dem Beklagten, wenn er sofort nach Mittheilung der Klage darum nachsucht, vom Richter nach Umständen eine Frist zur Leistung bewilligt werden, jedoch nur, insoweit das Interesse der Klägers dieses gestattet."

⁴§ 122: Wenn "sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Theil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei."

ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts - ein großzügigeres Verständnis vom Recht der Lösung des Primärverhältnisses. Ausgangspunkt waren die speziellen Interessen beim Handelskauf. Die Lieferungskäufe waren damals wie heute in den meisten Fällen Spekulationskäufe, bei denen es wegen der ständigen Preisschwankungen in besonderem Maße auf die genaue Einhaltung der Lieferzeiten ankam. Diese Geschäfte, die an den bedeutenden Handelsplätzen bereits im 18. Jahrhundert große Bedeutung hatten, erfuhren eine erhebliche Ausweitung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als die deutschen Staaten nach den napoleonischen Kriegen ihren Kapitalhunger mit dem Verkauf kleingestückelter Anleihen stillen wollten und somit ein schwunghafter Wertpapierhandel aufkam.¹ Bei den dabei auftretenden Spekulationen kam es häufig zu sogenannten Differenzklagen, die nur mit dem Institut des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung begründet werden konnten.² Die gegen dieses Institut bestehenden Bedenken mußten überwunden werden, wobei dem Interesse an der Vertragsauflösung der vom römischen Recht hergebrachte Grundsatz des unbedingten Vorranges der Erfüllung entgegenstand.³ Die Gerichte haben damals diese Bedenken gegen den Bruch mit den hergebrachten Grundsätzen vielfach mit unterschiedlichen Konstruktionen überwunden und das Auflösungsrecht und den Ersatz des Interessenschadens gewährt.⁴ Ähnlich war die Entwicklung im Warenhandel⁵. Hier war ausnahmsweise die Klage auf das Interesse begründet, wenn die Lieferung zu einer fest bestimmten Zeit hätte erfolgen sollen,

¹ Vergl. Bender in AcP, Beilagenheft zu Bd. 8 (1825), S. 1 ff.

² Vergl. hierzu im einzelnen Scherner, Rücktrittsrecht, S. 161.

³ Vergl. die bei Scherner, a.a.O., S. 162 aufgeführten kritischen Äußerungen Philalethes und Speckners.

⁴ Vergl. Scherner, a.a.O., S. 163.

⁵ ders., a.a.O., S. 166 ff.

der Schuldner dem aber nicht nachgekommen war.¹ Die purgatio morae wurde dem Schuldner in diesen Fällen nicht mehr gestattet. In der Mitte des 19. Jahrhunderts hatte sich hier die Gestattung des Rücktrittsrechts und die Verurteilung in das bloße Interesse weitgehend durchgesetzt.² Die Oberappellationsgerichte gingen nunmehr bereits von einem allgemeinen Recht des Käufers, wegen des Verzugs des Verkäufers vom Vertrage zurückzutreten, aus.³

Ergebnis der Untersuchung zu (1) und (2).

Aus der obigen Darstellung ergibt sich, daß die dogmatische Auseinandersetzung hinsichtlich des Rechts auf Lösung des Primärleistungsverhältnisses bestimmt war von dem hergebrachten Grundsatz des Vorrangs der unbedingten Vertragsdurchführung des römischen Rechts und des gemeinen Rechts. Soweit hier eine großzügigere Entwicklung eingeleitet wurde, unterstellte man das Auflösungsrecht der Kontrolle des Staates, um nicht zu abrupt mit dem alten Recht zu brechen. In der Praxis des Handelsrechts ging man weiter als in den bekannten Kodifikationen und ließ bereits ein allgemeines Rücktrittsrecht ohne Einschaltung des Richters zu. Soweit in den Kodifikationen und Entwürfen das Rücktrittsrecht expressis verbis ausgeschlossen wurde, geschah dies bewußt im Widerspruch zu der im Volke verbreiteten Rechtsauffassung.

¹Scherner, a.a.O., S. 169; ferner Thöl, Handelsrecht, S. 273 ff.

²vgl. Thöl, a.a.O., S. 280 ff.

³vgl. die Entscheidungen bei Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. II Nr. 154 (S. 199), Bd. III Nr. 164 (S. 191), wo aber für die Einkaufskommission ein Rücktrittsrecht verneint wird; ferner die Entscheidungen Nr. 71, 75, 76 (S. 89 und 91) bei Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands.

(3) Die Schaffung des ADHGB und des BGB

Aus der oben dargestellten Situation heraus ging man an die Schaffung eines einheitlichen Handelsgesetzbuches für die gesamten deutschen Staaten.

Bereits im Jahre 1839 erarbeitete von Hofacker den Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg. Der Art. 325¹ dieses Entwurfs gestattete den Übergang zu Sekundärrechten. Von Hofacker begründete das weitgehende Rücktrittsrecht damit, daß die Regeln des gemeinen bürgerlichen Rechts, nach denen das Abgehen vom Vertrage nur in Ausnahmefällen gestattet sei, für das Handelsrecht eine große Beschwerde seien. Auch die in Art. 1184 CC getroffene Regelung der gerichtlichen Auflösung sei für das Handelsrecht zu umständlich, da eine durch Gesetz vorgesehene außergerichtliche Aufhebung meist schneller als in einem Gerichtsverfahren zu erreichen und somit für den modernen Handelsverkehr geeigneter sei als das bisherige Recht.²

Bei der Schaffung des ADHGB lagen dann der Nürnberger Kommission zwei Kodifikationsentwürfe vor, die den Gang der Beratungen prägten: Einmal der Entwurf eines österreichischen Handelsrechts von 1855³, ferner der Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten von 1857⁴.

¹Art. 325: "In zweiseitigen Verträgen hat der Berechtigte die Wahl, den Verpflichteten zur Erfüllung des Vertrages, wenn diese noch möglich ist, anzuhalten, oder dessen Aufhebung wegen Nichterfüllung, unbeschadet seiner Entschädigungsansprüche, zu verlangen.
Doch kann das Gericht im letzteren Fall nach Umständen einen Aufschub zur Erfüllung gestatten ..."

²Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Königreich Württemberg mit Motiven, Theil II, Motive, S. 293 (Art. 325).

³Lutz, Protokolle I S. 6; Raisch, Abgrenzung des Handelsrechts vom Bürgerlichen Recht, S. 116.

⁴Siehe: Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die Preussischen Staaten nebst Motiven, Erster Theil, Entwurf.

Letzterer war Ausgangspunkt für die Beratungen der Kommission.^{1,2} Er enthielt in seinem Art. 250 zwar das Auflösungsrecht, jedoch in Anlehnung an den Code Civil nur nach richterlicher Kontrolle.³ Die Motive für die Zulassung des Rücktrittsrechts waren folgende:

"Die Regel, daß bei einem Vertrage, durch welchen beide Kontrahenten gegenseitig sich entsprechende Verbindlichkeiten eingehen, im Falle der Nichterfüllung von Seiten des einen Theils der andere in der Art gebunden bleibt, daß er nur auf Erfüllung und Schadensersatz wegen der Verzögerung klagen kann, scheint zwar der strengen juristischen Konsequenz gemäß zu sein; sie enthält aber in sehr vielen Fällen eine Unbilligkeit und ein Unrecht gegen den redlichen Kontrahenten, welcher sich überhaupt nur unter der Voraussetzung, daß genau nach Inhalt des Vertrages werde gehandelt werden, in das Rechtsverhältnis eingelassen hat. Sehr häufig wird bei verspäteter oder nicht gehöriger Erfüllung der ganze Zweck des Vertrages vereitelt, und oft eine nachträglich erzwungene Erfüllung für den Berechtigten werthlos oder sogar nachtheilig sein, während die Entschädigungsklage nur ein unvollkommenes Ausgleichsmittel darbietet. Dies gilt vornehmlich bei den Verträgen in Handelsgeschäften, da der Handelsverkehr sehr beweglicher Natur und die Handelsverhältnisse sehr veränderlich sind."⁴

¹ vergl. Raisch, a.a.O., S. 99, 118.

² Er war teilweise geprägt vom sog. "Frankfurter Entwurf" von 1849, der aber nur in seinem 1. Teil fertiggestellt war, vergl. Raisch, a.a.O., S. 88, 99 ff.

³ Art. 250: "Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, welcher von seiten eines oder von seiten beider Teile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist oder nicht vertragsmäßig erfüllt, so hat der andere die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern."

Man betonte in den Motiven, daß man dem Gläubiger das Wahlrecht geben müsse, da dieses für ihn interessengerechter sei.¹ Das gerichtliche Verfahren hielt man aber für erforderlich, um eine unkontrollierte Handhabung des Rücktrittsrechts auszuschließen, da allein das Gericht Rechtsungleichheit und Verwicklungen entgegenwirken könne.² Während in der Beratungskommission zunächst sogar erhebliche Bedenken gegen das allgemeine Rücktrittsrecht überhaupt vorgebracht und dieses z.T. gänzlich abgelehnt wurde,³ kam man schließlich überein, daß die Rechtssätze des gemeinen Rechts einer Änderung bedürften. Dies sei im Handelsverkehr längst anerkannt.⁴ Insbesondere wehrte man sich nun aber auch gegen das Verfahren der gerichtlichen Auflösung. Die Mehrheit der Kommission hielt diese gerichtliche Untersuchung für unzweckmäßig, da sie für Handelssachen, die eine schnelle Auflösung nicht erfüllbarer Verträge erforderten, zu schwerfällig sei.⁵ Demgemäß wurde der Art. 250 des preußischen Entwurfs abgelehnt. Schließlich nahm man in erster Lesung die Artikel 298 ff. auf, die dann als Art. 354 ff. Gesetz wurden.⁶ Um im Verhältnis zu den entschieden-strengerem Vorentwürfen und bekannten Kodifikationen nicht einen völligen Bruch zu schaffen, schuf man gewissermaßen als Ersatz für die richterliche Kontrolle das Fristsetzungserfordernis und die Anzeigepflicht. Die Fristsetzung sollte Mißbräuche

⁴ siehe: Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten nebst Motiven, II. Theil Motive, S. 130.

¹ ebenda, S. 129 ff.

² ebenda, S. 131, man betonte aber, daß es nur im Streitfalle zur Einschaltung des Gerichts komme, einer Klage bedürfe es nicht, wenn sich die Parteien über die Auflösung einig seien.

³ Lutz, Protokolle I, S. 594.

⁴ ebenda, S. 595.

⁵ ebenda, S. 596, 600, 602.

⁶ zum Wortlaut dieser Art s.o. S. 1 Fn 1.

des neuen Lösungsrechts verhindern, die einmal insoweit befürchtet wurden, als bereits geringfügige Störungen Anlaß zum Abgehen vom Vertrage geben könnten¹, zum anderen hatte man Bedenken, der Gläubiger könne das Recht des Rücktritts zu Spekulationen zu seinen Gunsten treuwidrig ausnutzen, falls er feststelle, daß der Marktwert seiner Ware inzwischen gestiegen ist.² Diese Bedenken wurden eben dadurch ausgeräumt, daß dem Gläubiger vorgeschrieben wurde, dem Schuldner vom beabsichtigten Rücktritt Nachricht und Gelegenheit zur Nachholung des Versäumten zu geben.³ Ziel des Fristsetzungserfordernisses mit der Anzeigepflicht war damit ausschließlich, dem Schuldner die purgatio morae zu ermöglichen und damit die schweren Folgen der Sekundärrechte noch abzuwenden.⁴

Auch bei der Schaffung des BGB waren zunächst immer noch die gleichen Bedenken gegen die Möglichkeit der Lösung vom Primärleistungsverhältnis zu überwinden wie zuvor beim ADHGB. Der Entwurf erster Lesung bestimmte nämlich wiederum noch ausdrücklich:

¹Lutz, Protokolle I, S. 631, 632, hier sollte die Fristsetzung den Schuldner schützen, dieser Schutz sollte ferner auch dadurch erreicht werden, daß man die Worte "oder der gehörigen Erfüllung", die ursprünglich vorgesehen waren, strich. So entstand das Problem der pVV, da das ADHGB später wiederum Grundlage für die Regelungen der Leistungsstörungen im BGB war.

²Lutz, Protokolle III, S. 1409.

³ebenda, S. 1408, 1409.

⁴vgl. auch Lutz, Protokolle III, S. 1403. Diese Zielsetzung ergibt sich zweifelsfrei auch aus dem Wortlaut des Art. 356, der ja expressis verbis von einer "angemessenen Frist zur Nachholung des Versäumten" spricht; vgl. ferner Protokolle, a.a.O., S. 1400 - 1404, 1408 - 1410, auch Protokolle Teil IX, S. 4593 - 4599 und die "Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches", abgedruckt bei Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. VI, S. 1 ff. (373, 374).

§ 360: Erfüllt der eine Vertragsschließende seine Verbindlichkeit nicht, so ist der andere deshalb nicht berechtigt, einseitig von dem Vertrage abzugehen, wenn nicht durch Gesetz oder Vereinbarung ein anderes bestimmt ist.¹

Für die Unmöglichkeit und den Interessenwegfall infolge des Verzugs ließ er aber ein Rücktrittsrecht zu.² Dieser erste Entwurf fand jedoch sogleich lebhafteste Kritik, weil er die rechtsgeschichtliche Entwicklung nicht hinreichend aufgenommen hatte:

Hachenburg³ wandte dagegen ein, der Verzug sei hinsichtlich des Auflösungsrechts zu kasuistisch geregelt und wegen seiner Umständlichkeit dem Publikum schwer verständlich. Seine Kritik richtete sich dabei vor allem gegen die grundsätzliche Verweigerung des Rücktrittsrechts bei gleichzeitiger Ausgestaltung verschiedener besonderer Rücktrittsgründe. In den Ländern des französischen Rechts habe das Prinzip des Rücktritts selbst sich trefflich bewährt.⁴ Als praktische Mängel habe man nur das Erfordernis der Umstoßung des Vertrages durch Richterspruch empfunden. Hachenburg schlug daher das Rücktrittsrecht und den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach Fristsetzung in Anlehnung an den Art. 356 ADHGB vor. Diese Rechte seien keine unbillige Begünstigung des Gläubigers, da das Wahlrecht nur im Falle des Verzugs, d.h. einer schuldhaften Nichterfüllung eintreten solle und dem Interesse des Schuldners durch das beigelegte Recht der Nachlieferung Rechnung getragen werde.⁵

¹ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 79.

² vergl. § 369 des Entwurfs, a.a.O., S. 82, eine Ausnahme vom Rücktrittsverbot machte ferner der § 361 für Fixgeschäfte, auch gab es Ausnahmen bei Pacht-, Miet-, Dienst- und Werkvertrag, vergl. §§ 528, 529, 532, 566, 569 des Entwurfs, S. 115, 116, 123, 124.

³ Hachenburg in: Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II, zu § 369, S. 122ff.

⁴ ders., a.a.O., S. 123.

⁵ dem widersprach Gierke in: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Recht, S. 215 Fn. 2.

Auch Zitelmann¹ sprach sich für eine Anlehnung an den Art. 355 des ADHGB aus, die Beschränkung des Rücktrittsrechts auf die Fälle des Interessenwegfalls hielt er für unzweckmäßig. Ebenso Seuffert², der die unterschiedliche Behandlung des Verzuges nach rechtskräftiger Verurteilung, wo der § 243 des ersten Entwurfs dem Gläubiger das Recht gab, das Schuldverhältnis über die Fristsetzung zu lösen, gegenüber dem normalen Verzug für ungerechtfertigt hielt.

Demgemäß empfahl Bayern, die Setzung der Nachfrist und den Rücktritt beim Verzug ohne rechtskräftige Verurteilung des Schuldners zuzulassen.³ Ebenso schlugen Sachsen, Baden, Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz und Anhalt eine Regelung in Anlehnung an die Art. 354-359 ADHGB vor.⁴ Demgegenüber traten Elsaß-Lothringen⁵, Lippe⁵, Schaumburg-Lippe⁵, Württemberg⁶ und Preußen⁷ ohne Erinnerung oder mit geringfügigen Änderungsvorschlägen dem Entwurf erster Lesung bei.

Wegen dieser unterschiedlichen Auffassungen kam es dann in zweiter Lesung zu neuen Vorschlägen: In der 80. Sitzung der zweiten Kommission wurden insgesamt vier Anträge zu § 369 beraten⁸. Sie lehnten sich alle an die Regelung der

¹ Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, I. Theil, S. 149, Fn. 200. Zitelmann wollte bei Interessenwegfall sogar ohne das Verschuldenserfordernis den Rücktritt gewähren, a.a.O., Fn. 201.

² Seuffert, Die allgemeinen Grundsätze des Obligationsrechts in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, S. 18, 19.

³ siehe: Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, S. 51.

⁴ ebenda, S. 51, 52, die Vorschläge der verschiedenen Regierungen unterschieden sich aber noch hinsichtlich der Frage des Rücktritts wegen Interessenwegfalls.

⁵ ebenda, S. 53.

⁶ ebenda, S. 52.

⁷ ebenda, S. 51.

⁸ vergl. Protokolle 2. Kommission, = Mugdan, Materialien BGB, Bd. II, S. 639, 640.

Art. 354 ff. ADHGB an und gewährten ein allgemeines Rücktrittsrecht nach erfolgter Fristsetzung. Das Erfordernis richterlicher Kontrolle wurde fallengelassen und erstmalig außerhalb des Handelsrechts neben dem altbekannten Recht auf Rücktritt bei Interessenwegfall dieses Vertragsauflösungsrecht ohne weiteres auch beim bloßen Verzug vorgeschlagen.

Die Anträge 3 und 4¹ wollten sogar das Verschuldenserfordernis für den Verzug fallenlassen, wurden dann aber abgelehnt. Gebilligt wurden die beiden ersten Anträge² mit der Begründung³, der Rücktritt wegen Verzugs könne nicht nur bei Interessenwegfall gewährt werden, weil dies zu unbilligen Härten für den Verkäufer führe, da bei Geldleistungen ein Interessenwegfall kaum begründet werden könne und er daher ein rechtskräftiges Urteil erstreiten müsse⁴, um vom Verträge loszukommen:⁵

¹Protokolle 2. Kommission, Mugdan, Materialien BGB, Bd. II, S. 639.

²Antrag 1 lautete: "Ist bei einem gegenseitigen Verträge der Schuldner in Verzug gekommen, so ist der Gläubiger berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur Begründung der Leistung zu bestimmen. Erfolgt die Leistung innerhalb der Frist nicht, so ist der Gläubiger berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Verträge zurückzutreten. Hat die Leistung in Folge des Verzuges für den Gläubiger kein Interesse, so bedarf es nicht der Bestimmung einer Frist. Ist die Leistung innerhalb der Frist nur theilweise nicht bewirkt, so finden die Vorschriften des § 247 Abs. II und des § 369 Abs. I S. 2 Anwendung." Protokolle 2. Kommission, Mugdan, a.a.O., S. 639, 640; zum Antrag 2 siehe oben S. 24 Fn. 1.

³a.a.O., S. 641.

⁴§ 243 des Entwurfs räumte dem Gläubiger das Recht ein, nach rechtskräftiger Verurteilung des Schuldners die Frist zu setzen und nach deren Ablauf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, Protokolle 2. Kommission, a.a.O., S. 534.

⁵Protokolle 2. Kommission, a.a.O., S. 641.

"Eine solche Regelung vertrage sich nicht mit dem im Volke lebenden Rechtsbewußtsein, dem der Grundsatz des gemeinen Rechtes, daß Verzug den Gläubiger nicht zum Rücktritt berechtige, stets fremd geblieben sei. Durch das ALR und ADHGB - letzteres gehe ohnehin weit über den eigentlichen Handelsbereich hinaus - sei die Änderung des gemeinen Rechts genügend vorbereitet. Es handele sich nicht um einen Bruch mit hergebrachtem Rechte, sondern um einen Abschluß der bisherigen Rechtsentwicklung, womit dem Gewichte Rechnung getragen werde, welches der heutige Verkehr auf die rechtzeitige Erfüllung zu legen pflege."¹

Die Kommission hielt bei der Beratung eine sachliche Verschiedenheit der Anträge 1 und 2 nicht für gegeben und überwies diese daher der Redaktionskommission.² Hier wählte man schließlich den Wortlaut des Antrags 1 und übernahm ihn im wesentlichen unverändert als den heutigen § 326.

Ausschließlicher Zweck der Fristsetzung war damit in Anlehnung an das ADHGB und als Ersatz für die in den anderen Kodifikationen bisher immer geforderte richterliche Kontrolle, einen Mißbrauch des neugeschaffenen Vertragsauflösungsrechts zu verhindern und den Grundsatz des Vorrangs der Vertragsdurchführung im Vordergrund zu belassen, indem man dem Schuldner die Folgen klarmachte und ihm noch Gelegenheit zur purgatio morae bot.

Als Vorstufe dieser Warnpflicht war eine weitere Schutzmaßnahme vorgesehen, die aber nicht nur vor der Auflösung des Vertrags, sondern bereits vor den allgemeinen Verzugsfolgen warnen sollte: die Mahnung. Ihr Sinn und Zweck ergibt sich

¹ vergl. die Protokolle, a.a.O.

² Protokolle, ebenda. Die Auffassung Erlers (s.o.S. 21) und Staubs (s.o. S. 25), die Fristsetzung habe erst in zweiter Linie den Zweck, die purgatio morae zu ermöglichen, ist damit nicht haltbar, da der Antrag 2 nicht wie Staub annimmt (s.o. S. 25), verworfen wurde.

einmal aus der Wortbedeutung, zum anderen aus den in § 284 Abs. II geschaffenen Ausnahmen vom Mahnungserfordernis. Man ging nämlich davon aus, daß die Fälligkeit der Leistung nur besagt, daß der Gläubiger fordern darf, nicht auch, daß der Schuldner von sich aus ohne Aufforderung automatisch leisten muß.¹ Ist daher die Forderung fällig, ohne daß der Gläubiger diese geltend macht, so kann immerhin vom Schuldner nicht verlangt werden, daß er aus freien Stücken die Leistung anbietet, denn der Gläubiger hat ja u.U. noch kein Interesse an der Erfüllung und der Schuldner vielleicht ein Interesse an der nicht sofortigen Erfüllung. Statt des allgemeinen "leiste" muß ein "leiste jetzt" gesetzt werden. Es wäre unverständlich, dem Schuldner sofort mit der Fälligkeit die strengen gesetzlichen Verzugsfolgen aufzuerlegen, während es dem Gläubiger u.U. gleichgültig ist, ob er schon heute oder vielleicht erst in einer Woche die Leistung erhält und aus diesem Grunde es unterläßt, seine Forderung dem Schuldner gegenüber geltend zu machen.² Die Mahnung soll also die Leistung gewissermaßen "vollfällig"³ machen. Als derartige Sicherungsmittel war die Mahnung bereits im gemeinen Recht und den Vorkodifikationen unter den verschiedensten Ausdrücken bekannt.⁴ Insoweit wurde im BGB anders als mit dem Fristsetzungs- und Auflösungsrecht nichts neues geschaffen.

(4) Ergebnis der rechtsgeschichtlichen Untersuchung - Bedeutung für das vorliegende Problem.

Die obige Untersuchung hat gezeigt, daß vor der Schaffung des ADHGB und BGB der Grundsatz einer extremen Bindung an den Vertrag im Vordergrund stand und das einseitige Recht, wegen einer Pflichtverletzung des Vertragspartners vom Primäranspruch auf die Sekundärrechte überzugehen, ausge-

¹vgl. Paech, Leistungsverzug, S. 47.

²vgl. die Motive bei Mugdan, a.a.O., S. 32; Roeske, Diss., S. 4.

³Planck-Siber, 2d zu § 326.

⁴z.B. interpellare, postulare, vgl. Roeske, a.a.O., m.w.N.

schlossen bzw. nur unter erschwerenden Bedingungen zugelassen wurde.

Die Gründe hierfür sind wohl u.a. in den völlig anderen wirtschaftlichen Verhältnissen und der anderen Bedeutung der Obligation in der Zeit vor der industriellen Revolution zu sehen. Hier hatte das Geld als Leistungsträger allgemein (wohl aber im Handel) nicht die Bedeutung, die es später mit der Ausweitung des alltäglichen Wirtschaftslebens erlangte: Die Obligation war noch geprägt von der Zeit der Naturalwirtschaft, in der es kein oder nur geringes Kapitalvermögen gab. Geld und damit die Schadensersatzleistung waren dem Gläubiger nicht so wichtig wie die Naturalleistung, da diese nicht wie im Regelfall in der heutigen Zeit austauschbar, überall zu bekommen war. Der Gläubiger war gerade an der individuellen Leistung weit mehr interessiert als heute, der Zeit extremer Geldwirtschaft. Diesen Gedanken des extremen Vorrangs der Vertragsdurchführung hat man bis in die Zeit, in der die Geldwirtschaft bedeutsamer wurde, übernommen, obwohl das Rechtsgefühl der Allgemeinheit und insbesondere des Handels z.T. schon den Vorteil der schnellen einseitigen Lösung vom Vertrag und der Wiederherstellung der Dispositionsbereitschaft verlangte und man sich dieses "Recht" vielfach auch nahm. Grund für diesen Vorrang der unbedingten Vertragsdurchführung war weiter die Angst der Obrigkeit vor allzu willkürlicher Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch die Untertanen.¹

Erst das ADHGB trug den veränderten Verhältnissen Rechnung. Die Protokolle und Motive zeigen hier deutlich, daß man das einseitige Auflösungsrecht für den Verzug schuf, um den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht zu werden und den bedeutsamer gewordenen Zeitfaktor bei der

¹ vergl. Scherner, Rücktrittsrecht, S. 226.

Leistung, die ausgeweitete Ersatzbeschaffungs- und Absatzmöglichkeit und das dadurch entstandene Interesse an neuer Dispositionsbereitschaft zu würdigen. Zu Recht ließ man dabei zwar den Vorrang der Erfüllung bestehen, paßte sich aber durch die neu geschaffene Ausnahme von diesem Grundsatz den veränderten Interessen der Vertragspartner im Falle der Leistungsstörung an.

Die gleichen Motive lagen bei der Schaffung des BGB vor, da sich nicht nur der Handel unter Kaufleuten, sondern auch der allgemeine Geschäftsverkehr extrem ausgeweitet hatte¹ und der Vertrag im Leben der Allgemeinbevölkerung bedeutender wurde.

Sinn und Zweck des in § 326 Abs. I gewährten Rechts zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis ist danach, die Dispositionsbereitschaft des Gläubigers möglichst bald wiederherzustellen und ihm Gelegenheit zu geben, sich die gewünschte Leistung anderweitig zu besorgen (oder seine Leistung anderweitig zu erbringen). Auf diese Weise wird der wirtschaftliche Verkehr nicht durch die Einschaltung des Gerichts durch Erfüllungs- und Aufhebungsklagen blockiert, wenn der Gläubiger selbst einen schnellen Weg einschlagen will. Dieser hält den Schaden, den der Gläubiger erleiden kann und den der Schuldner zu ersetzen hat, geringer bzw. verhindert ihn in vielen Fällen ganz, da der Gläubiger durch Ersatzbeschaffung sein Interesse am Leistungsgegenstand häufig noch befriedigen kann.

Auf diesem Hintergrund ist auch die Fristsetzung nicht als unbedingtes, vom Gesetzgeber als unverzichtbar geschaffenes Erfordernis, sondern als den Schuldnerschutz bezweckende Gläubigerobliegenheit zu sehen, die noch den Grundsatz des

¹Die Zeit der Entstehung des BGB war eine Zeit extremen wirtschaftlichen und sozialen Wandels. Das Schwergewicht verlagerte sich von der Landwirtschaft auf Handel und Industrie, vgl. Isele in AcP 150, S. 1 ff. (4) mit genauen Zahlen (S. 4 Fn. 9).

Vorrangs der Vertragsdurchführung zum Ausdruck bringen will.

Der Umstand, daß der § 326 des BGB nicht wörtlich den Art. 356 ADHGB übernommen hat und nur von einer "angemessenen Frist" statt einer "angemessenen Frist zur Nachholung des Versäumten" spricht, mag dazu beigetragen haben, daß man ihn anfangs z.T. nicht als den Nachfolger des Art. 356 ADHGB ansah und den Sinn und Zweck der Fristsetzung nicht vorrangig in der purgatio morae sah. Die Entstehungsgeschichte stellt diesen Zweck aber zweifelsfrei heraus.

b) Das Recht zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses im System unserer Gesamtrechtsordnung.

Es sei nun untersucht, wie sich das Recht auf Lösung von den vertraglichen Primärleistungspflichten aus der Sicht der gesamten Rechtsordnung darstellt.

(1) Das Recht zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses als Ausfluß unseres freiheitlichen Staats- und Wirtschaftssystems.

Scherner hat in seiner Untersuchung über das Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung darauf hingewiesen, daß die Gewährung des Rechts zum Rücktritt vom Vertrag jeweils dort größere Bedeutung erlangte, wo es hinsichtlich der Gestaltbarkeit der Verträge mehr auf den Willen des Einzelnen ankam, als auf den Willen des Staates.¹ Er gibt hierzu den Hinweis auf die großzügigere Gewährung der Rücktrittsbefugnis bei den Vertretern des Vernunftsrechts (1600 - 1800) im Gegensatz zur Beschränkung dieses Rechts und dem Vorrang des Prinzips der unbedingten Vertragsdurchführung in den totalitären Rechtssystemen des dritten Reichs und der DDR.²

¹Scherner, Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung, S. 224 ff. (226).

²ders., a.a.O., S. 226.

Bevor das Recht zur Lösung vom einmal geschlossenen Vertrag in den oben behandelten Kodifikationen überhaupt, wenn auch zunächst mit den starken Beschränkungen der staatlichen Kontrolle, anerkannt wurde, war es von den Vertretern des Vernunftsrechts des 17. und 18. Jahrhunderts gefordert und gelehrt worden. Es waren dies insbesondere Samuel Pufendorf¹, Wolff² und Hoffbauer³, die schon früh aus dem Gedanken des Naturrechts heraus ein allgemeines Rücktrittsrecht bejahten.⁴ Ausgangspunkt dieser Rücktrittslehre war die Studie des Staatsrechtlers Grotius, der für das Völkerrecht die Auflösbarkeit einmal geschlossener Verträge mittels einer Bedingungstheorie entwickelt hatte.⁵ Diese Gedanken wurden von Pufendorf in das Privatrecht übernommen. Die Naturrechtler allgemein bejahten entgegen dem gemeinen Recht ein Vertragslösungsrecht, weil sie sich weniger an die Ordnung der staatlichen Obrigkeit und deren Interesse am unbedingten *pacta sunt servanda*, als an der Natur der Sache, dem natürlichen Rechtsgefühl des einzelnen gebunden sahen. Das Naturrecht befiehlt oder verbietet das, was ansich und seiner Natur nach gut oder schlecht ist, während das, was das positive Recht befiehlt oder verbietet, nur auf Grund des gesetzgeberischen Willens gut oder schlecht ist.⁶ Das Recht zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis war damit ausschließlich Ausfluß eines allgemeinen Gerechtigkeitsgedankens und ließ das staatliche

¹Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, Lib V, Cap. XI, § IX.

²Wolff, *Jus Naturae Methodo Scientifica Pertractatum*, Cap. IV, § 827.

³Hoffbauer, *Naturrecht aus dem Begriffe des Rechts entwickelt*, § 227.

⁴Zum Rücktrittsrecht bei den Vernunftrechtlern allgemein und zur konstruktiven Begründung dieses Rücktrittsrechts vgl. die umfassende Darstellung bei Scherner, a.a.O., S. 92 ff.; ferner Leser, *Rücktrittsrecht*, S. 5 ff.

⁵vgl. Scherner, a.a.O., S. 93.

⁶vgl. Welzel, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, S. 36.

Lenkungs- und Regelungsinteresse der damaligen Zeit unberücksichtigt. Die Gewährung dieses Rechts war Ausdruck der Freiheit und des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen und stand im Widerspruch zum Bestreben der Obrigkeit, den Wirtschaftsablauf auch im einzelnen zu regeln. Insoweit widersetzte sich die Vernunftsrechtslehre dem geltenden gemeinen Recht. Die Entwicklung ging schließlich dahin, daß ins Privatrecht der Fürsten (*ius privatum illustrium*) das naturrechtliche Rücktrittsrecht übernommen wurde, während das gemeine oder partikuläre Recht als Rechtsordnung der Untertanen das allgemeine Rücktrittsrecht noch verwehrte.¹ Grund für diese unterschiedliche Gewährung des Auflösungsrechts war u.a. der Umstand, daß über den Fürsten kein Richter stand, der notfalls zur Leistung hätte verurteilen können². Aus demselben Grund wurde es im Völkerrecht großzügiger gewährt³. Im gemeinen Recht war demgegenüber die staatliche Instanz übergeordnet und diese nahm an den Angelegenheiten der Untertanen zur damaligen Zeit mehr Anteil als jemals zuvor (Absolutismus), so daß die Gewährung eines Gestaltungsrechts beim Vertrag und damit die Anerkennung der Privatautonomie der Untertanen der damaligen Staatstheorie widersprochen hätte⁴. Gegen die allgemeine Zulassung des Rücktrittsrechts sprach der Rechtsschutzanspruch des absoluten Staates⁵. Dieser Rechtsschutz- und Kontrollanspruch zeigte

¹ vgl. Gribner, *Principia Jurisprudentiae Illustrum*, e3, c6, § 5, Scherner, a.a.O., S. 104 m.w.N.

² Gribner, a.a.O., 3, 4, 5 u. 4, 1, 1, Scherner, a.a.O., S. 104.

³ vgl. Scherner, a.a.O., S. 111.

⁴ ders., a.a.O., S. 105.

⁵ ders., a.a.O., S. 111.

sich dann später auch bei den bereits behandelten Kodifikationen, die zwar die vernunftrechtliche Entwicklung nicht völlig negieren konnten, gleichwohl durch die Voraussetzung der richterlichen Überprüfung den Kontrollanspruch des Staates erfüllten. Vor diesem Hintergrund zeigt sich die Einschränkung des Rechts zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis auch in den späteren Kodifikationen als eine dem Staatsinteresse dienende Maßnahme, die im Widerspruch zur Vernunft und dem Rechtsgefühl des Einzelnen stand.

Auch in den totalitären Staatssystemen der neueren Zeit wurde bzw. wird erkennbar, daß ein enger Zusammenhang zwischen der Ausweitung des Einflusses des Staates auf die Wirtschaft bei gleichzeitiger Beschränkung der Rechte des Einzelnen und der Beschränkung des Rechts zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis als Bestandteil der Vertragsautonomie besteht: So faßte das totalitäre Regime des Nationalsozialismus bald den Entschluß, sich vom BGB ganz loszusagen und es durch ein neues "Volksgesetzbuch" zu ersetzen. Man wollte ein Gesetzeswerk konstruieren, das auf alle individualistischen Voraussetzungen verzichtet, auf denen das Privatrecht beruht, um sie ausschließlich durch die Interessen der Volksgemeinschaft zu ersetzen, welche das Leitbild aller juristischen und politischen Anschauungen der Hitlerzeit war¹. Die Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht forderte demgemäß auch aus dem Gemeinschaftszweck des Schuldvertrages die Erschwerung der Vertragsauflösung²: "Soweit die Durchführung eines einmal eingeleiteten Geschäfts noch möglich ist, soll an ihr festgehalten werden. Denn sonst unterbleibt nicht nur der Beitrag zur Gemeinschaftsaufgabe der Güterverteilung, sondern

¹ vgl. Hedemann, Das Volksgesetzbuch als Fundament großdeutschen Rechtslebens, S. 12; Boehmer, Die Idee des Deutschen Volksgesetzbuches, S. 38, 39; vgl. hierzu auch Schwarz, Die Lebenskraft der Zivilgesetzbücher und ihre Revision, S. 171.

² vgl. Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 52.

es werden nutzlose Werte geopfert. Die Aufwendungen, die für die Vertragsdurchführung bereits gemacht wurden, sind umsonst erbracht, ja, wenn die erfolgten Leistungen wieder rückgängig gemacht werden müssen, entstehen weitere Unkosten." So schuf der Ausschuß den § 12 Abs. I seines Gesetzesentwurfes, der die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung ausdrücklich tatbestandlich erfaßte und entgegen der damaligen Rechtsprechung allein aus dieser Pflichtverletzung noch kein Rücktrittsrecht gewährte, sondern erst noch die Fristsetzung abverlangte.¹ Auch hier sollte also das Interesse des Staates am unbedingten pacta sunt servanda gesichert werden.

Eine praktische Parallele zu diesen durch den Kriegsausgang verhinderten Reformbestrebungen zeigt sich im Vertragsgesetz der DDR vom 11. Dezember 1957.

Während bei uns Vertrag und Vertragsfreiheit wesentliches Merkmal der freien Wirtschaftsordnung sind, spielt der Vertrag in der DDR, zumindest soweit es um den Austausch von Wirtschaftsgütern geht, eine ganz andere Rolle. Er ist in der plangelenkten Staatswirtschaft Mittel der Planerfüllung.² Während in den unmittelbaren Nachkriegsjahren jeder Austausch von Gütern auf besonderen verwaltungsrechtlichen Akten beruhte und für Leistungsaustauschverträge bei Wirtschaftsgütern kein Raum blieb, kam man später mit dem "Gesetz über das Vertragssystem in der sozialistischen Wirtschaft" (Vertragsgesetz) wieder auf das alte Vertragsrecht

¹Stoll, a.a.O., S. 69, ein Recht zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis sollte nur im Extremfall gewährt werden, nämlich dann, wenn der Vertragszweck bereits vereitelt ist. In der Erfüllungsverweigerung sah man aber trotz ihrer Endgültigkeit und Ernsthaftigkeit nur eine Vertragszweckgefährdung.

In den übrigen Fällen der Leistungsstörung entfernte sich der Entwurf trotz der Intention des Ausschusses, das Rücktrittsrecht einzuschränken, letztlich kaum von den BGB-Vorschriften, vgl. § 12 Abs. II, 13, 14, 15, 17 des Entwurfs, a.a.O., S. 12 - 72.

²vgl. hierzu Drobnig in JZ 1960, S. 233.

zurück. Allerdings stand nunmehr der Vertrag unter dem Primat des Planes, was demgemäß auch zu andersartigen Regelungen der Leistungsstörungen als im BGB führen mußte¹. Es gilt hier auch im Falle der Leistungsstörung der Grundsatz der realen Vertragserfüllung mit der Folge, daß weitestgehend mit finanziellen Sanktionen zur ordentlichen Vertragserfüllung angehalten, diese jedoch nicht ersetzt werden soll.² Während der Rücktritt zuvor sogar völlig ausgeschlossen war³, wurde er jetzt zwar in Extremfällen zugelassen, im übrigen aber der unbedingte Vorrang der Erfüllung festgelegt. Beim Verzug wurde er nur für den Fall erlaubt, daß der Vertragsgegenstand nicht mehr bestimmungsgemäß verwendet werden kann.⁴ Auf diese Weise wird die staatliche Planerfüllung abgesichert.⁵

In den totalitären Rechtssystemen zeigt sich die Beschränkung des Rücktrittsrechts bei Leistungsstörungen damit als Ausdruck eines übergeordneten Staatsinteresses an der Durchführung des Leistungsaustausches und nicht etwa als Schutzmaßnahme zugunsten der unmittelbar am Leistungsverhältnis Beteiligten. Ein derartiges übergeordnetes Staatsinteresse, wie es auch noch z.Zt. der Vorkodifikationen bestand,⁶ ist

¹vergl. hierzu Drobnig, a.a.O.

²vergl. §§ 43 ff. Vertragsgesetz.

³vergl. § 8 des Allgemeinen Mustervertrages, Min.Bl. der DDR 1952, S. 7.

⁴§§ 43 ff. Vertragsgesetz.

⁵Für das allgemeine Privatrecht wurde jedoch eine dem § 326 BGB entsprechende Regelung beibehalten, vergl. § 86 ZGB vom 19.6.1975.

⁶vergl. Scherner, a.a.O., S. 226, der die frühere Abneigung gegen das Rücktrittsrecht in Österreich und Preußen in der Furcht der Obrigkeit vor allzu willkürlicher Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch die Untertanen begründet sieht.

demgegenüber in unserer heutigen Rechtsordnung nicht mehr festzustellen. Thema des Privatrechts unseres BGB ist die Freiheit der Einzelperson, hier wird die Hoffnung nicht auf den Staat, sondern auf das Individuum gesetzt.¹ Der Vertrag ist dabei eines der wesentlichen Instrumentarien einer grundsätzlich auf dem Prinzip der Selbstregulierung beruhenden Gesellschaft.² Dieser Unterschied erlaubt es, die Frage der Ausweitung des Rechts zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses im BGB allein an dem oben bereits behandelten Schutzgedanken des § 326 Abs. I, die Dispositionsbereitschaft der unmittelbar am Leistungsverhältnis Beteiligten wiederherzustellen, zu beurteilen, ohne dabei übergeordnete Staatsinteressen, wie sie noch zu den Vorkodifikationen bestanden, berücksichtigen zu müssen.

(2) Ausweitungstendenzen im Einheitlichen Kaufgesetz.

Im Gegensatz zu den Bestrebungen zur Beschränkung des Vertragsauflösungsrechts in den Rechtssystemen totalitärer Staaten läßt sich im neuen Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen³ vom 17. Juli 1973

¹vgl. Krause in Jus 1970, S. 314 ff.

²vgl. hierzu Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 101 ff.; ferner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, S. 135.

³Dieses Gesetz ist im wesentlichen von den Rechtsauffassungen in den westlichen Ländern geprägt worden, vgl. die Teilnehmerstaaten der Haager Konferenz vom April 1964: USA, Vereinigte Arabische Republik, Belgien, Bulgarien, Dänemark, Bundesrepublik Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien und Nordirland, Irland, Israel, Japan, Jugoslawien, Kolumbien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, San Marino, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei, Ungarn, Vatikan; auch die Vorarbeiten zu diesem Gesetz wurden von Vertretern westlicher Rechtssysteme ausgearbeitet: Rabel, Hurst, Gutteridge, Capitant, Hamel, Bagge, Fehr. Übergeordnete Staatsinteressen wie im Vertragsgesetz der DDR konnten hier i.ü. schon deshalb keinen Eingang finden, weil es sich um ein internationales Gesetz handelt, das nur die Interessen der Vertragsparteien, nicht aber das staatliche Wirtschaftslenkungsinteresse einzelner Länder berücksichtigen kann.

eine Ausweitung des Rechts zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses insoweit feststellen, als dieses nicht mehr von den Förmlichkeiten des BGB abhängig gemacht wird. Dieses stark von Ernst Rabel beeinflusste Gesetz¹, das die Abwicklung von Kaufverträgen über bewegliche Sachen zwischen Parteien verschiedene Vertragsstaaten regelt², hat die Unterscheidung der Leistungsstörungen in Verzug - Unmöglichkeit - Gewährleistung fallengelassen und schlicht den Haftungsbestand "Vertragsverletzung" geschaffen³, der alle Arten der vertraglichen Pflichtverletzung - auch unsere Fälle der pVV - erfaßt. Die Art der Haftung ist von der Schwere der Vertragsverletzung abhängig: diese kann wesentlich oder unwesentlich sein. Ist sie unwesentlich, führt dies zur Schadensersatzpflicht des Verletzenden bei bestehenbleibendem Primärverhältnis⁴, ist sie wesentlich, hat der andere das Wahlrecht zwischen Erfüllungsanspruch und Vertragsaufhebungsrecht nebst gleichzeitigem Schadensersatzanspruch.⁵ Eine Fristsetzung wird hier - auch bei der Vertragsverletzung durch Leistungsverzögerung⁶ - anders als im BGB nicht mehr verlangt. Damit wird den Interessen an schneller Wiederherstellung der Dispositionsfreiheit Rechnung getragen.⁷

¹ vgl. hierzu Rabel, Recht des Warenkaufs Bd. I, II, ferner Rabels Entwürfe und Vorarbeiten in Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze Bd. III.

² vgl. im einzelnen Art. I ff. EKG.

³ vgl. Art. 10, 24, 55, 74; im französischen Text "inexécution" oder "contravention au contrat", im englischen Text "non-performance" oder "failure to perform an obligation" bzw. "breach of contract" genannt.

⁴ Art. 55 Abs. ib, Art. 27 iVm Art. 26 Abs. II, 24 Abs. II EKG.

⁵ Art. 26, 27, 30, 31, 32, 42, 43, 44, 45, 55 Abs. Ia, 66 iVm Art. 84 - 87 EKG.

⁶ Das Gesetz spricht bewußt nicht mehr von Verzug.

⁷ Dieses Interesse zeigt sich insbesondere auch daran, daß in bestimmten Fällen wesentlicher Vertragsverletzung die Vertragsaufhebung kraft Gesetzes eintritt, wenn der Gläubiger nicht unverzüglich zwischen Erfüllung und Vertragsaufhebung wählt, vgl. Art. 26 Abs. I, II, 27, 30, 31, 63 Abs. I EKG.

Die unwesentliche Vertragsverletzung kann in Anlehnung¹ an den § 326 BGB aber gerade durch die Setzung einer Nachfrist zur wesentlichen gemacht werden.² Nur für diesen Fall ist noch die Setzung der Nachfrist vorgesehen. Ebenso wurde die Mahnung als Voraussetzung der Vertragspflichtverletzung durch Leistungsverzögerung fallengelassen. Selbst dann, wenn kein fester Liefertermin vereinbart ist oder sich dieser nicht aus den Gebräuchen ergibt,³ wird dem Schuldner aufgegeben, von sich aus ohne Mahnung innerhalb eines mit Rücksicht auf die Art der Sache und die Umstände angemessene Frist nach Vertragsabschluß zu liefern.⁴ Selbst die Fälligkeit tritt hier ipso iure ein⁵, die Nichtlieferung wird damit automatisch zur Vertragspflichtverletzung. Das im BGB vorgesehene Nacheinander von Mahnung und Nachfristsetzung erschien den Gesetzesfassern als eine überflüssige Verdoppelung.⁶ Damit wird die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit im Einheitlichen Kaufgesetz über die Leistungsstörung durch Leistungsverzögerung erfaßt, wobei die Fälligkeit ohne Mitwirken des Gläubigers eintritt.

¹ vgl. die Bemerkungen zum EKG, Art. 27, Bundestagsdrucksache VI/3772, S. 60; ferner die Erläuterung dazu von André Tunc, ebenda, S. 89.

² vgl. Art. 27 Abs. II, 31 Abs. II, 44, 62 Abs. II, 66 Abs. II EKG.

³ Art. 20 EKG.

⁴ Art. 22 EKG.

⁵ Dölle-Huber, EKG, Art. 20 - 22 Rdn. 14.

⁶ Dölle-Huber, a.a.O., besonders stark ist die Abweichung zum französischen Code Civil, wo sogar die Mahnung durch den Gerichtsvollzieher gefordert wird. Vorbild war hier das englische Recht, vgl. Rabel, Zeitschrift 9, 1935, S. 59, 60.

Tritt diese Fälligkeit jedoch ausnahmsweise noch nicht ein, weil keinerlei Liefertermin bestimmt ist und auch die vom Schuldner selbst einzuhaltende automatisch beginnende angemessene Frist nach Vertragsschluß noch nicht abgelaufen ist, kann die Erfüllungsverweigerung gleichwohl den Gläubiger ohne weitere Maßnahmen seinerseits zur Vertragsaufhebung berechtigen. Für diesen Fall der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung wurde im EKG nämlich der Tatbestand des Art. 76 geschaffen, nach dem die Aufhebung des Vertrages erklärt werden kann, wenn vor dem für die Erfüllung festgesetzten Zeitpunkt offensichtlich ist, daß eine Partei eine wesentliche Vertragsverletzung begehen wird. Die vorzeitige Erfüllungsverweigerung wird damit zur eigenen Form der Vertragsverletzung.¹ Hier wird der Schutz gegen Vertragsverletzungen äußerst wirkungsvoll, da bereits eine frühzeitige Reaktion auf drohende Leistungshindernisse zugelassen wird und die vertragstreue Partei es selbst in der Hand hat, durch eigenverantwortliche Gestaltung des Vertrages ihre Dispositionsfreiheit vor Liefertermin oder Fälligkeit wiederzuerlangen und damit Vorsorge für anderweitige Bedarfsdeckung oder anderweitigen Absatz zu treffen.² Entscheidendes Kriterium für das Aufhebungsrecht ist auch hier allein die Schwere der Vertragsverletzung, eine Nachfristsetzung wird nur verlangt, wenn die Erfüllungsverweigerung ohne diese nicht wesentlich wäre. Insoweit geht der Schutzgedanke der Prävention dem Schutzgedanken der Nachfristsetzung vor.³

Damit zeigt sich, daß im Einheitlichen Kaufgesetz dem auch dem § 326 Abs. I BGB zugrundeliegenden Gedanken der möglichst schnellen Wiederherstellung der Dispositionsfrei-

¹Dölle-Leser, EKG, Art. 76 Rdn. 6.

²Dölle-Leser, a.a.O.

³ders., a.a.O., Rdn. 20.

heit der Vertragspartner weit stärker Rechnung getragen wird, indem man dem Gläubiger zeitaufwendige Mahnungen und Fristsetzungen erspart und ihm keine Förmlichkeiten abverlangt, deren Erfordernis er nicht kennt und die seinem Rechtsempfinden widersprechen. Wenn auch bei der Übernahme der in diesem Gesetz liegenden Grundsätze in den Bereich des BGB Vorsicht geboten ist, weil es sich beim EKG eben um ein internationales Gesetz handelt, das die Besonderheiten des überstaatlichen Leistungsaustausches berücksichtigt und gleichzeitig die unterschiedlichen Rechtsauffassungen der beteiligten Staaten in Einklang bringen mußte, so kann gleichwohl der damit zum Ausdruck gekommene Gerechtigkeitsgedanke auch bei der Problemlösung im BGB berücksichtigt werden. Dem EKG liegen nämlich Prinzipien zugrunde, die frei von historischem Ballast und dogmatischer Enge, ganz rationale und praktisch brauchbare Lösungen für vielfältige Einzelprobleme des Schuldrechts bieten. Insoweit müssen sie auch für unser Recht fruchtbar gemacht werden,¹ wobei lediglich die Grenze, die im BGB dogmatisch als äußerste gesetzt ist, nicht überschritten werden darf. Es soll vielmehr damit Abstand gewonnen werden von der aus den Vorkodifikationen und den besonderen Umständen bei der Schaffung des BGB erklärlichen Enge der Regelungen der Leistungsstörungen.

c) Die Rechte aus § 326 Abs. I im Bedeutungszusammenhang der BGB-Vorschriften.

Entscheidend ist nun, da feststeht, daß kein übergeordnetes Interesse der Rechtsgemeinschaft an einem unbedingten "pacta sunt servanda" besteht, sondern bei der Problemlösung allein die Interessen und die Schutzbedürftigkeit der Beteiligten zu berücksichtigen sind, ob sich aus den übrige-

¹ vgl. hierzu Weitnauer, Vertragsaufhebung und Schadensersatz nach dem Einheitlichen Kaufgesetz und nach geltendem deutschen Recht, S. 112, 113.

gen BGB-Vorschriften ergibt, daß der Gesetzgeber das Recht zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses auch im Falle der Erfüllungsverweigerung unbedingt nur nach erfolgter Fristsetzung gewähren und keine weiteren Ausnahmen wie in § 326 Abs. II zulassen wollte.¹ Es ist dies die Frage, ob eine planmäßige Gesetzeslücke² vorliegt, die die Schaffung einer weiteren Ausnahme vom alten Grundsatz der unbedingten Vertragsdurchführung verbietet, weil damit contra legem entschieden würde, oder ob sich die Zulässigkeit einer solchen aus dem Sinngehalt der übrigen BGB-Vorschriften ergibt.

(1) Argumentum e contrario aus den §§ 295, 326 Abs. II und 634 Abs. II³?

Früher ist verschiedentlich vorgetragen worden, ein Gegenargument lasse sich aus den §§ 326 Abs. II, 634 Abs. II und 295 entnehmen. Der Gesetzgeber sei mit dem § 326 Abs. II ja durchaus an die Schaffung einer Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis herangetreten und habe zudem die Erfüllungsverweigerung in § 634 Abs. II ausdrücklich erfaßt.⁴

¹Dies könnte der Gesetzgeber etwa deshalb gewollt haben, weil er dem Gläubiger die Beurteilung der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung nicht zutraute und daher dessen Interesse an der Wiederherstellung der Dispositionsbereitschaft zurückstellte.

²Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 37, bezeichnet die Gesetzeslücke, die zur Analogie und teleologischen Reduktion berechtigt, als "planwidrige Lücke" bei Larenz, Methodenlehre, S. 376, planwidrige Unvollständigkeit genannt; bei der "planmäßigen Lücke" fehlt es aber letztlich bereits an einer Lücke iS einer Analogievoraussetzung, vgl. Klug, Juristische Logik, S. 124 ff.

³Diese Vorschriften haben wesentlich dazu beigetragen, daß man überwiegend von der Einordnung der Erfüllungsverweigerung bei §§ 326 Abs. I unter gleichzeitiger Reduktion seiner Voraussetzungen abging und auf die pVV-Lehre verfiel, vgl. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1904, S. 54, ders., HGB, Anm. 75 Exkurs zu § 374.

⁴vgl. Staub, HGB, Anm. 73 - 76 Exkurs zu § 374; Erler in DR 1901, 421 (422 r.Sp.); OLG Breslau OLGR, Bd. 4, S. 14 (15).

Daraus zog man den Schluß, daß der Gesetzgeber damit zu erkennen gegeben habe, daß selbst bei der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung Mahnung und Fristsetzung noch erforderlich seien, um dem Schuldner doch noch einmal die schweren Folgen seines vertragswidrigen Verhaltens aufzuzeigen.¹ Unterstützt wurde diese Auffassung mit dem Hinweis auf § 295, wo doch trotz der Annahmeverweigerung dem Weigerungsgegner immerhin noch ein wörtliches Angebot abverlangt wird. Wenn der Gesetzgeber die Vorstellung gehabt hätte, für die allgemeine Erfüllungsverweigerung eine weitere Ausnahme vom Fristsetzungserfordernis zulassen zu können, hätte er, nachdem das Problem bereits im ADHGB aufgetaucht war, genügend Grund gehabt, diese expressis verbis zu normieren.²

Nun sind aber an die Annahme eines derartigen Gegenteilschlusses strenge Anforderungen zu stellen. Er ist nur zulässig, wenn die positive gesetzliche Regel ausdrücklich oder zumindest sinngemäß das Wörtchen "nur" enthält, wenn also die Beschränkung einer Rechtsfolge gerade auf einen bestimmten Tatbestand vom Gesetzgeber gewollt war oder nach der Teleologie des Gesetzes geboten ist.³ Dies darf aber nicht einfach unterstellt werden.⁴ Selbst die Tatsache, daß es höchst unwahrscheinlich ist, daß der Gesetzgeber etwas übersieht und versehentlich ungeregelt läßt, rechtfertigt nicht zwingend den Schluß eines argumentum e contrario.⁵ Es ist vielmehr heute allgemein anerkannt,

¹ Staub, a.a.O.

² OLG Breslau, a.a.O.

³ vergl. Larenz, a.a.O., S. 376.

⁴ ders., a.a.O.

⁵ vergl. Canaris, a.a.O., S. 44, mit Beispielsfällen.

daß das argumentum e contrario sich nicht in einem formal-logischen Schlußverfahren erschöpft, sondern in eine normativ-teleologische Beweisführung mündet.¹ Dies gilt um so mehr, als der Gesetzgeber² angesichts des Umfangs der heutigen Gesetzgebung und insbesondere des Bürgerlichen Gesetzbuches gar nicht in der Lage ist und war, sich über alle Einzelheiten des Gesetzes eine eigene Meinung zu bilden.³ Worüber er sich eine solche bildet und was er in Wahrheit allein billigt, das sind die Regelungsabsicht und die Zwecke des Gesetzes, die sozial-politischen Auswirkungen, die gesamte Tendenz des Gesetzes. Im übrigen begnügt er sich damit, dem Gesetz im Ganzen seine Zustimmung zu geben, wobei er darauf vertraut, daß der Text den von ihm gebilligten Zwecken und seiner Meinung nach zu berücksichtigenden Gesichtspunkten entspricht und von den zur Gesetzesanwendung berufenen Organen in diesem Sinne ausgelegt werden wird.⁴ Dies gilt insbesondere für die Schaffung des BGB, wenn man sich die oben dargestellte besondere Normsituation, die der Gesetzgeber vorfand, in Erinnerung ruft. Aus ihr wird verständlich, daß er - selbst wenn ihm das Problem aus dem ADHGB her bekannt war - es gleichwohl nicht mit einer weiteren Ausnahmeregelung, wie sie § 326 Abs. II aufstellt, erfaßt hat: Der Gesetzgeber hatte mit der Schaffung des BGB eine ganz besondere Mission zu erfüllen, nämlich er hatte dem geeinten deutschen Volk die Rechtseinheit zu bringen⁵ und die unterschiedlichsten Auffassungen mitein-

¹Canaris, a.a.O., S. 45, ferner Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 145, Klug, a.a.O., S. 134.

²Darunter sind ohnehin nur die beratende Kommission sowie die beteiligten Referenten zu verstehen, vergl. Larenz, a.a.O., S. 316.

³vergl. Larenz, ebenda.

⁴ders., a.a.O.

⁵vergl. hierzu: Dölle, Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart, S. 14 ff. (34, 35); ferner Kisch in NJW 1950, 1 ff. (3).

ander in Einklang zu bringen. Dabei waren jahrhundertealte Normvorstellungen zu überwinden und andere, der neuen Zeit mit völlig veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen gemäße Regelungen zu schaffen.¹ Mit der Gewährung des Vertragslösungsrechts beim Verzug überhaupt hatte der Gesetzgeber, wie die rechtsgeschichtliche Untersuchung gezeigt hat, bereits einen gewaltigen, völlig neuen Schritt getan und dabei große Schwierigkeiten zu überwinden. Daß man nicht auch noch an die Schaffung weiterer Ausnahmenvorschriften zum Fristsetzungserfordernis dachte, die den Eindruck erwecken konnten, als sei hier noch eine weitere Abkehr vom herkömmlichen Recht gewollt, ist angesichts dieser außergewöhnlichen Umstände bei der Schaffung des Gesetzes nur allzu verständlich. Daß man aber gerade den § 326 Abs. II als derartige Ausnahmeregelung erfaßte, erscheint nur auf den ersten Blick widersprüchlich. Mit der Zulassung eines sofortigen Rücktrittsrechts bei Interessenwegfall wurde letztlich nämlich nichts neues geschaffen. Man respektierte insoweit lediglich ein Rücktrittsrecht, das schon im gemeinen Recht und nahezu allen Vorkodifikationen als eine der wenigen Ausnahmen vom Grundsatz der unbedingten Vertragsdurchführung anerkannt war², so daß gerade die Nichterfassung dieses Rechts einen Bruch mit dem hergebrachten Recht dargestellt hätte.

Allein die Tatsache, daß ein Ausnahmetatbestand ausdrücklich normiert wurde, läßt damit keine Rückschlüsse darauf

¹Zu den allgemeinen politischen Schwierigkeiten bei der Schaffung des BGB vgl. Wieacker, Festschrift Felgentraeger, S. 409 ff.

²vgl. Thibaut, Pandektenrecht I, § 103, S. 73, 74; Leser, Rücktrittsrecht, S. 5; Scherner, Rücktritt, S. 217; zu den Vorkodifikationen vgl. Art. 1184 Code Civil, Art. 354, 355 ADHGB; § 122 Schweizer Obligationsrecht; § 138 bayrischer Entwurf; § 138 Dresdner Entwurf; §§ 129, 130, 207, 938, 1001 ALR.

zu, daß dieser der einzige sein sollte. Der Satz, daß der Gesetzgeber, wenn er in einem Fall redet, im anderen schweigt, dann verneine er im letzteren, ist falsch.¹ Vielmehr ist zu untersuchen, ob zwischen beiden Tatbeständen (Erfüllungsverweigerung - Interessenwegfall) teleologisch eine Unähnlichkeit besteht, die eine ungleiche Behandlung erfordert.²

Ein Gegenteilsschluß ist andererseits auch nicht aus § 295 zu ziehen. Zwar wird hier ein Fall der Erfüllungsverweigerung, nämlich der der Annahmeverweigerung erfaßt und dem Weigerungsgegner selbst für diesen Fall noch etwas abverlangt (das wörtliche Angebot), doch ist der hier behandelte Regelungsbereich nicht mit dem unsrigen zu vergleichen. Der § 295 schafft nämlich lediglich die Voraussetzungen für den Gläubigerverzug, der völlig anders strukturiert ist als der Schuldnerverzug³ und zu ganz anderen Rechtsfolgen führt. Demzufolge sind Angebot und Mahnung bzw. Fristsetzung überhaupt nicht in Beziehung zueinander zu setzen, da ihnen völlig andere Funktionen beigemessen werden. Das wörtliche Angebot, das bei § 295 noch abverlangt wird, ist nicht Voraussetzung und Mittel der Vertragsauflösung und stellt nicht wie Mahnung und Fristsetzung eine Folgenwarnung dar, sondern soll dem Gläubiger lediglich die Leistungsfähigkeit

¹ vgl. hierzu Schneider, Logik für Juristen, S. 177 (178, 179); Canaris, a.a.O., S. 49, 50 m.w.N. unter Fn. 138.

² s. Canaris, a.a.O., S. 45.

Diese Untersuchung ist Voraussetzung für einen möglichen Gegenteilsschluß, sie soll hier aber der Übersichtlichkeit halber im folgenden Kapitel erfolgen, in dem auch noch andere Leistungsstörungsvorschriften mitberücksichtigt werden. Die Untersuchung in diesem Kapitel soll sich nur auf die formale Seite, die den Eindruck des argumentum e contrario erweckt, beziehen.

³ Hierauf verweist Staudinger-Werner, Rdn. 2 zu § 295 iVm Rdn. 1 Vorbem. zu §§ 293 ff., so setzt z.B. der Gläubigerverzug schon keine Annahmepflicht und kein Verschulden voraus und stellt damit geringere Voraussetzungen als der Schuldnerverzug.

und Leistungsbereitschaft des Schuldners vor Augen führen. Damit sind die Sachverhalte hier von vornherein so unterschiedlich, daß sie grundsätzlich auch unterschiedlich behandelt werden können.^{1,2}

Schließlich bildet auch § 634 Abs. II kein argumentum e contrario. Hier wird die Erfüllungsverweigerung ebenfalls ausdrücklich hervorgehoben und es werden - anders als in § 295 - die Obliegenheiten des Weigerungsgegners nicht lediglich gemindert, sondern gänzlich aufgehoben. Jedoch kann allein daraus nicht geschlossen werden, daß die allgemeine Erfüllungsverweigerung anders gelagert ist und daher auch anders behandelt werden muß. Denn die Frage der Unterschiedlichkeit der Tatbestände ist eben gerade nicht aus dem Umstand, daß der Gesetzgeber das Problem dort erfaßt und hier unerwähnt gelassen hat, zu entscheiden, sondern ist diesem Schlußverfahren vorgelagert.³ Dafür aber, daß gerade die Erfüllungsverweigerung des Gewährleistungspflichtigen andersartig und damit auch anders zu behandeln

¹ vgl. zu dem hier Erörterten auch Klug, Juristische Logik, S. 124 ff.

² Im übrigen wird auch die Auffassung vertreten, der § 295 behandle letztlich gar nicht den Fall der ernsthaften und endgültigen Annahmeverweigerung, vielmehr sei bei einer solchen sogar das wörtliche Angebot überflüssig, siehe hierzu Larenz, Schuldrecht I, § 25 Ib m.w.N. Überzeugend ist das Beispiel bei Larenz, daß sonst die Sekretärin, der ihr Chef mitgeteilt hat, sie brauche morgen nicht zu kommen, da er verreise, nach § 295 doch noch wörtlich ihre Dienste anbieten müsse. a.A. aber die wohl h.M. vgl. die Nachweise bei Staudinger-Werner Rdn. 2 zu § 295.

³ vgl. hierzu Schneider, a.a.O., S. 178, 179.

ist als die allgemeine Erfüllungsverweigerung, gibt das Gesetz keinen Hinweis. Hinzu kommt auch hier wiederum, daß die Gewährleistungspflicht des Unternehmers und die Behandlung der nicht rechtzeitigen Erfüllung dieser Pflicht in § 634¹ ohnehin bereits aus dem geschichtlichen Entstehungsgrund² heraus ganz anderen Grundsätzen und Motiven folgt, als der allgemeine Verzug mit seiner besonderen Voraussetzung des Verschuldens, so daß hier Rückschlüsse auf das allgemeine Recht der Leistungsstörungen unzulässig sind.³ Demgegenüber ist der § 634 Abs. II aber für das vorliegende Problem insoweit bedeutsam, als in ihm der in Rechtsprechung und Literatur häufig herangezogene Grundsatz zum Ausdruck kommt, daß den Vertragspartnern nutzlose Maßnahmen nicht mehr abverlangt werden sollen.

Die §§ 295, 326 Abs. II und § 634 lassen danach nicht allein aus der Tatsache, daß sie die Erfüllungsverweigerung ausdrücklich behandeln bzw. die Erfordernisse des § 326 Abs. I einschränken, den Willen des Gesetzgebers erkennen, für die allgemeine Erfüllungsverweigerung eine Einschränkung des § 326 Abs. I zu verweigern. "

(2) Das sofortige Recht zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses im Gesamtzusammenhang der Leistungsstörungsvorschriften.

Betrachtet man die gesamten allgemeinen Leistungsstörungsregeln bei gegenseitigen Verträgen, so ergibt sich aus den

¹Der kein Verschulden erfordert.

²Zu diesem vgl. Jakobs, Festschrift für F.A. Mann, S. 30 ff.

Diese zieht aber Jakobs, a.a.O., insbes. S. 54 ff., allerdings in anderer Richtung: Er fordert aus der Entstehungsgeschichte der §§ 634 ff. auch allgemein eine verschuldensunabhängige Leistungsverzögerungshaftung.

§§ 320, 325 und 326 eine Dreistufigkeit der Gewichtigkeit der Vertragsverletzungen mit unterschiedlichen Sanktionsmöglichkeiten:¹

(1) Die erste Stufe ist in § 320 Abs. II erfaßt. Danach gibt es Leistungsstörungen (Leistungsverzögerungen), die so unwesentlich sind, daß sie die Verknüpfung der beiderseitigen Leistungen (den Austauschzweck) nicht berühren. Der Gläubiger kann auf derartige Vertragsverletzungen mit seiner Gegenleistung nicht reagieren. Das Verhalten des Schuldners bleibt auf diese ohne jeden Einfluß. Der Grund dafür liegt darin, daß hier der Vertragszweck noch nicht einmal gefährdet wird und damit dem Leistungsaustausch nichts im Wege steht.²

(2) § 320 Abs. I regelt die zweite Stufe: Der Vertragszweck ist hier bereits gefährdet, so daß die Vertragsdurchführung vorerst gestoppt werden muß: Dem Gläubiger wird daher ein Leistungsverweigerungsrecht zuerkannt, bis sein Vertragspartner die Gefährdung beseitigt hat. Daneben können ggf. noch Schadensersatzansprüche (§ 286) geltend gemacht werden, jedoch ist zunächst eine darüber hinausgehende Reaktion mit Wirkung auf das Gegenseitigkeitsverhältnis unzulässig. Dieses wird nur insoweit tangiert, als die Gegenleistung zurückgehalten werden kann.

(3) Erst die dritte Stufe erlaubt einen gestaltenden Eingriff des Vertragstreuen auf das Gegenseitigkeitsverhältnis: Er kann mittels Rücktritt oder Schadensersatzverlangen wegen schuldhafter Nichterfüllung die beiderseitigen Leistungspflichten zum Erlöschen bringen. Diese Stufe wird gebildet durch §§ 325, 326 Abs. I, II. Entscheidendes Kriterium ist

¹ vgl. zum folgenden Teubner, Gegenseitige Vertragstreue, S. 19 ff., insbes. S. 23, 24.

² Teubner, a.a.O., S. 23.

vgl. auch die Einteilung bei Stoll in AcP 136, 257 ff.

hier, daß der Vertragszweck nicht nur gefährdet, sondern bereits schuldhaft vereitelt ist.¹

Bei § 325 kann der Vertragszweck nicht mehr erreicht werden, weil allein schon die abstrakte Leistung zumindest durch den Schuldner nicht mehr erbracht werden kann. Bei § 326 Abs. II ergibt sich die Vereitelung daraus, daß der Vertragszweck der Befriedigung der gegenseitigen Interessen am Leistungsaustausch in Beziehung auf den Gläubiger nicht mehr erreicht werden kann.

In dieses Haftungssystem läßt sich nun aber die mit einer schuldhaften Leistungsverzögerung verbundene ernsthafte

¹Teubner, a.a.O., S. 23, 24; schon früh hat Stoll (a.a.O., S. 291, 292) aus den §§ 280 Abs. I, II 286 Abs. II, 287 S. 2, 325 und 326 den allgemeinen Rechtssatz aufgestellt: Führt die schuldhafte Verletzung einer Erfüllungspflicht zur Vereitelung des Gläubigerinteresses, so haftet der Schuldner auf das Erfüllungsinteresse, bei gegenseitigen Verträgen hat der Gläubiger ohne weiteres das Wahlrecht zwischen Vertragsinteresse und Rücktritt. Stoll hat allerdings in der Erfüllungsverweigerung selbst nur eine Vertragszweckgefährdung gesehen (a.a.O., S. 307, 308). Ihm folgend Lange, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, S. 66. Schon die Motive zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Teil II, S. 130 (s.o. S. 101) zeigen, daß bei der Gewährung des Vertragslösungsrechts Gesichtspunkte der Vertragszweckvereitelung entscheidend waren.

und endgültige Erfüllungsverweigerung ebenfalls in die 3. Stufe eingliedern. Wenn nämlich der § 326 Abs. I für den normalen Verzug verlangt, daß noch eine Frist zur Leistung zu bestimmen ist, dann beruht das darauf, daß mit der schuldhaften Leistungsverzögerung allein nur eine Vertragszweckgefährdung gegeben ist. Eine Vereitelung des Vertragszwecks liegt noch nicht vor, weil nicht klar ist, ob die schuldhafte Leistungsverzögerung behoben wird. Die Fristsetzung soll hier aber für den Gläubiger die Lage klären.¹ Der Zweck aller Schuldverhältnisse ist nämlich nur ein vorübergehender, der zur Auflösung drängt.² Daher soll der Zustand der Ungewißheit beseitigt und die beiderseitige Dispositionsfreiheit wiederhergestellt werden.³ Dabei ist die Lage nach Fristsetzung eigentlich noch gar nicht geklärt, denn es ist auch aus der Sicht des Gläubigers noch nicht sicher, ob der Schuldner die Leistungshandlung nicht doch noch nach Ablauf der Frist erbringen will (vielleicht innerhalb dieser Frist nicht leisten kann) und grundsätzlich noch Erfüllungswillen besitzt. Durch den Fristablauf wird ein eventueller derartiger Wille aber unbeachtlich, es wird nunmehr gewissermaßen vermutet, daß die Leistungshandlung auch weiterhin ausbleiben wird.⁴

¹RGZ 54, 98 (102); Manigk in JW 1930, 1302.

²Im Gegensatz zu sachenrechtlichen Beziehungen, die grundsätzlich auf Dauer angelegt sind, Möring, Die Fristsetzung beim Schuldnerverzug, S. 4, m.w.N.

³Und zwar durch Rücktritt oder Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, wodurch ebenfalls die Primärleistungspflichten erlöschen, s.o. S. 42 Fn. 2.

⁴Demgegenüber hält Siber bei Planck, § 326 Ziff. 2 e, S. 396 nach der Fristsetzung sogar einen Fall echter Unmöglichkeit iSd § 326 für gegeben.

Es wird von nun an von einer tatsächlichen Vertragszweckvereitelung ausgegangen und damit der Verzug in die 3. Stufe eingeordnet. Gerade dieser Zustand ist im Falle der mit der schuldhaften Leistungsverzögerung einhergehenden ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung auch ohne Mahnung und Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung schon erreicht. Denn das Verhalten des Schuldners macht hier bereits deutlich, daß er keinen Erfüllungswillen besitzt und eine freiwillige Leistung nicht mehr erfolgen wird. Eine diesbezügliche Klärung erübrigt sich damit, da durch die positive Weigerungserklärung¹ des Schuldners bereits mehr vorliegt als bei bloßer schuldhafter Nichtleistung nach erfolgter Leistungsaufforderung.² Liegt der Zweck eines Vertrages aber gerade in der Freiwilligkeit des Leistungsaustausches³, dann kann hier bereits von einer Vertragszweckvereitelung gesprochen werden, wobei diese allerdings wegen der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung und der trotz der Ernsthaftigkeit des Schuldners möglichen Willensänderung nicht als von Unmöglichkeit verstanden werden darf.⁴

¹Die allerdings nicht expressis verbis, sondern auch in schlüssigem Verhalten liegen kann (s.u. S. 147), das aber immerhin noch über die bloße Ungewißheit nach Fristsetzung hinausgeht.

²vgl. Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 49 ff; nach Rabel, s.o. S. 54, Fn. 2, ist sogar ein Zustand der Gewißheit gegeben.

³siehe dazu oben S. 82.

⁴Die Anwendung des § 325, wie Fritz und Jakobs (s.o. S. 49 ff) sie vorschlagen, ist daher abzulehnen, weil damit m.E. der Begriff der Unmöglichkeit zu sehr ausgedehnt und mit freiwilliger Nichtleistung gleichgesetzt wird. Ihnen ist aber insoweit Recht zu geben, als sie darlegen, daß

Da mithin bei der mit der schuldhaften Leistungsverzögerung verbundenen ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung schon die Sachlage erreicht ist, die der Gesetzgeber für das Recht zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses vorausgesetzt hat, sind alle Maßnahmen, die noch auf Erreichung des Vertragszweckes ausgerichtet sind (Mahnung, Fristsetzung),¹ eine - wie das Reichsoberhandelsgericht und das Reichsgericht schon früh erkannt haben - leere überflüssige Form,² da sie nunmehr ohne jede Funktion sind.

der besondere Grund für die Gewährung des sofortigen Rechts zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis darin liegt, daß die nicht freiwillige Erfüllung feststeht und es nicht darauf ankommt, daß die Leistung auch zwangsweise nicht mehr realisierbar ist (vgl. Jakobs, a.a.O., S. 49, 54) mit Hinweis auf Mugdan, Bd. II, S. 522); auch Rabel, Recht des Warenkaufs I, S. 382, Ziff. 3, geht von einer Vereitelung statt einer Gefährdung aus, ebenso Westhelle, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, S. 67 ff.

¹ Aber auch Vorbereitungsmaßnahmen des Gläubigers für die von ihm selbst zu erbringende Leistung, wie z.B. sich in den Besitz der von ihm zu beschaffenden Ware zu setzen, vgl. RG in DJZ 9, 345, dem Schuldner wird damit der Einwand des § 320 abgeschnitten, wenn er zuvor schon ernsthaft und endgültig die Erfüllung verweigert hat.

- d) Das Bedürfnis nach einer gerechten Fallentscheidung als der nunmehr für die Reduktion entscheidende Faktor.

Die mithin festgestellten Gründe der Unzulänglichkeit der Leistungsstörungsregeln und der den §§ 320 ff. immanente Sinn und Zweck des Vertragslösungsrechts bei Leistungsstörungen indizieren bereits die Ausweitung dieses Rechts auf den Fall der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung. Entscheidend sind damit nach dieser im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommenen gesetzgeberischen Zielsetzung, die bereits die Weichen für die Behandlung der Erfüllungsverweigerung stellt, objektiv-teleologische Kriterien,¹ die bei jeder Problemlösung zu berücksichtigen

² z.B. ROHGE, 3, 319 ff; RGZ 5, 104; Jakobs, a.a.O., S. 51, sieht darin ein "sinnloses Ritual".

¹ vgl. hierzu Larenz, Methodenlehre, S. 322, 323: objektiv sind sie deshalb, weil es bei ihnen nicht darauf ankommt, ob sich der Gesetzgeber ihrer immer bewußt gewesen ist, teleologisch sind sie, weil ihre Beachtlichkeit sich daraus ergibt, daß das betreffende Gesetz eine der Sache angemessene Regelung bezweckt.

sind: Es sind dies die Zwecke eines Gesetzes, den Rechtsfrieden zu sichern und eine gerechte Streitentscheidung zu ermöglichen, die im Spiel befindlichen Interessen ausgewogen zu regeln und eine sachgemäße Lösung zu gewährleisten. Diese objektiven Gesetzeszwecke müssen auch dem BGB unterstellt werden, da ein Gesetz keine der Wirklichkeit autoritativ übergestülpte Form, sondern eine ordnende und anordnende Folgerung aus der Sachstruktur des geltenden Sozialbereichs selbst ist.¹

Das allgemeine Gebot, Ungleiches ungleich zu behandeln² und Gleiches gleich zu behandeln, fordert, die Leistungsverzögerung mit gleichzeitiger ernsthafter und endgültiger Erfüllungsverweigerung anders zu behandeln als die normale Leistungsverzögerung und zudem die Fälle der Vertragszweckvereitelung gleich zu behandeln.³ Demnach müssen die §§ 326 Abs. I und 284 insoweit reduziert werden, als sie dem Gläubiger etwas abverlangen, was ausschließlich noch auf Erreichung des ursprünglichen Vertragszwecks gerichtet ist. Fristsetzung und Mahnung sind derartige Maßnahmen der Vertragszweckverfolgung. Nur wenn in dieser Richtung eine Einschränkung der §§ 284 und 326 Abs. I erfolgt, ist eine gerechte Streitentscheidung möglich; denn bereits ohne diese Gläubigermaßnahmen ist eine den §§ 325 und 326 Abs. II vergleichbare Interessenlage gegeben, wenn der Schuldner die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert.

¹vgl. Müller, Juristische Methodik, S. 107.

²Dieser negative Gleichheitssatz führt zur teleologischen Reduktion, vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 378.

³Die §§ 325 und 326 Abs. II werden damit zum *argumentum a similité*.

Damit wird nicht etwas in das Gesetz hineingelegt, was ausschließlich dem Gerechtigkeitsempfinden und der Natur der Sache entspricht¹, sondern etwas herausinterpretiert, was in den umliegenden Vorschriften enthalten ist und nur aufgrund der Entstehungsgeschichte nicht ausdrücklich normiert wurde:

Die aus der Entstehungsgeschichte des BGB festgestellte Intention des Gesetzgebers, bei Leistungsverzögerungen das Recht zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses zu gewähren, um den Vertragspartnern möglichst bald wieder die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit zu verschaffen, verbietet es, diese Wiederherstellung der Dispositionsbereitschaft durch für alle Beteiligten unnütze Gläubigermaßnahmen zu verzögern, nur um den sonst durchaus sinnvollen Grundsatz des *pacta sunt servanda* noch einmal hervorzuheben.

Ein Festhalten am Wortlaut des § 326 und des § 284 hieße danach, lebensfremden Formalismus zu betreiben, statt dem Anspruch des BGB, bürgerliches Recht zu sein, gerecht zu werden.² Es gilt hier vielmehr, den Fehler des Gesetzgebers zu korrigieren, für das ADHGB und den Kreis der Kaufleute geschaffene Leistungsstörungsvorschriften in das allgemeine

¹ Allein das berechnete Streben nach Gerechtigkeit oder vernunftrechtliche Erwägungen erlauben noch nicht die gewünschte Fallentscheidung, denn das Gesetz gibt in manchen Materien mit guten Gründen der Rechtssicherheit, der Praktikabilität den Vorrang vor der Fallgerechtigkeit, vgl. Larenz, a.a.O., S. 357.

² Soweit der Gläubiger - was in der Praxis äußerst selten ist - nicht über § 326 vorgehen, sondern am Vertrag festhalten will, bleibt die Mahnung als Verzugsvoraussetzung allein aus dieser Begründung des "Formalismus" entbehrlich, weil sie dann immer noch wegen fehlender Erfolgsaussicht sinnlos und überflüssig wäre. Die Intention des Gesetzgebers, die Dispositionsbereitschaft möglichst schnell wiederherzustellen, fällt dann mangels Interesse des Gläubigers an dieser Wiederherstellung als Argument weg.

Recht übernommen zu haben, die aufgrund der besonderen Norm-situation bei ihrer Entstehung einerseits undifferenziert hinsichtlich der geregelten Fälle, andererseits kompliziert in ihren Anforderungen an die Beteiligten¹ sind und daher vom Bürger nicht angenommen wurden.^{2,3} Rechtsprechung und Literatur haben dem daher zu Recht durch die ständige Auswei-tung dieser Vorschriften Rechnung getragen und insoweit zur Sicherung des Rechtsfriedens eine gesetzesimmanente Korrek-tur vorgenommen.

Die ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit ist daher als Verzugsfall zu erfassen, bei dem nur die schuldhafte Leistungsverzögerung vorliegen muß, Lei-stungsaufforderungen also entbehrlich werden.

II. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit als positive Vertragsverletzung.

Schon aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, daß auch im Fall der schuldhaften endgültigen Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit dem Gläubiger sofort die Rechte aus § 326 gege-ben werden können. Denn durch die endgültige Weigerung des

¹ So sagt Schwarz, Die Lebenskraft der Zivilgesetzbücher und ihre Revision, S. 170, über das BGB: "Unter dem Gesichtspunkt der Lehre und Logik war und blieb es allen seinen Ri-valen überlegen; es hat einen unvergleichlichen Grad von Genauigkeit erreicht, es besitzt die beinahe mathematische Präzision einer Maschine, die äußerste Klarheit der Begriffe und Formulierungen ... Andererseits - und dies ist die Kehr-seite seiner Vorzüge - ist das BGB zu abstrakt, zu theore-tisch, zu kompliziert; verständlich ist es nur für wissen-schaftliche Juristen, die speziell für seinen Gebrauch aus-gebildet sind"; vgl. auch Kisch in NJW 1950, S. 1 (2), der u.a. die allgemeine Reform der Leistungsstörungsvorschriften verlangt; ferner Dölle, Das Bürgerliche Gesetzbuch in der Gegenwart, S. 14 (16, 17, 18).

² Dazu allgemein Dölle, a.a.O., S. 17, 18, zum "pacta sunt servanda", S. 19.

³ So sagt Adler in ZHR 86, 15, 16: "Der Rechtsanwalt, der dem Verkäufer auf die Aufforderung, gegen einen die Erfüllung weigernden Käufer vorzugehen, antworten müßte: 'Geben Sie noch eine Nachfrist und schaffen Sie versuchsweise Waren heran, um Ihrerseits lieferbereit zu sein', müßte für das Recht, das er vertritt, erröten."

Schuldners steht fest, daß es nach weiterem Zeitablauf bis zur Fälligkeit, zur schuldhaften Leistungsverzögerung und damit zur oben behandelten Situation kommen wird. Weiteres Abwarten dient aber weder dem Gläubiger noch dem Schuldnerinteresse, denn die fehlende Dispositionsbereitschaft führt regelmäßig zu unnötigen wirtschaftlichen Schäden. Ebenso liegt es nicht im Interesse der Gesamtwirtschaft, daß Wirtschaftsgüter selbst kleineren Umfangs und die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit des einzelnen über einen längeren Zeitraum blockiert werden, nur um dem bloßen Wortlaut der Gesetznormen genüge zu tun. Die Intention des Gesetzgebers, bei Leistungsverzögerungen dem Interesse des Gläubigers an baldiger Dispositionsbereitschaft durch die Gewährung des Rechts zur Lösung des Primärleistungsverhältnisses gerecht zu werden, erlaubt es, dieses Recht auch schon dann zu gewähren, wenn sichergestellt ist, daß die vom Gesetzgeber behandelte Situation mit Sicherheit eintreten wird und damit bereits vorab die Vereitelung des Vertragszweckes feststeht.¹ Auch hier gilt eben, daß dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er stelle funktionslose Bedingungen und Voraussetzungen.

Fraglich ist nun aber, wie die vorzeitige Erfüllungsverweigerung dogmatisch einzuordnen ist. Z.T. wird versucht, auch diesen Fall über die Verzugsvorschriften abzuwickeln,² obwohl der Fälligkeitszeitpunkt noch nicht erreicht ist. Es wurde bereits dargestellt,³ daß die Anwendung einer konkreten Einzelnorm aus Gründen der Rechtssicherheit der Gesamtanalogie vorgehen sollte. Dieses Bemühen um eine normnahe Problemlösung wird aber wenig überzeugungskräftig, wenn der zu beurteilende Sachverhalt schon so weit von der Einzelnorm entfernt liegt, daß dieser nicht einmal mehr

¹vgl. hierzu allgemein Leser, Festschrift für Rheinstein, S. 654.

²so Medicus, Bürgerliches Recht, § 14 IV 1 c; RGZ 52, 150 (152).

³s.o. S. 78 ff.

in Ansätzen gegeben ist. Bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit ist es noch nicht zu einer Leistungsverzögerung gekommen.¹ Die Fälligkeit wird hier nicht etwa durch die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vorgezogen,² denn die Fälligkeit wird - wenn sie sich nicht aus § 271 Abs. I ergibt - vereinbart. Eine derartige Vereinbarung kann aber wiederum nur im Wege der Vereinbarung abgeändert werden. Die Erfüllungsverweigerung gibt jedoch keinen Anlaß, einen entsprechenden Willen beim Schuldner anzunehmen.

Es ist daher zulässig, auf einen allgemeinen Rechtssatz überzugehen.³ Das Rechtsinstitut der pVV bietet sich, da es heute allgemein anerkannt ist, als Lösungshilfe an. Dabei muß jedoch beachtet werden, daß mit dem Schlagwort "pVV" eigentlich noch nichts genaues gesagt ist, sondern nur feststeht, daß hier eine Pflichtverletzung vorliegt, die im Gesetz nicht geregelt (weil weder von Verzug noch Unmöglichkeit erfaßt) ist.

Frage ist also, worin nunmehr, da eine schuldhafteste Leistungsverzögerung noch nicht vorliegt, überhaupt eine

¹vgl. hierzu Leser, a.a.O., S. 648.

²Abzulehnen daher die Auffassung von Medicus, o.S. 138 Fn. 2, bedenkenlich ferner die Entscheidung des BGH in BGHZ 50, 175 = JZ 1968, 600, der folgenden Rechtssatz aufgestellt hat: "Der Unternehmer kann vor Fertigstellung des Werkes die Bezahlung des Werklohnes verlangen, wenn der Besteller die Erfüllung des Vertrages grundlos und endgültig verweigert." Damit werden bereits vor Fälligkeit der Leistung positive, d.h. auf Erfüllung gerichtete Sanktionen gewährt, vgl. die kritische Betrachtung bei Lange, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, S. 143 ff.

³Die Unterscheidung teleologische Reduktion - Gesamtanalogie hat hier aber nur noch dogmatische Bedeutung, da in den Vorerörterungen bereits die wesentlichen Prinzipien des Vertragslösungsrechts dargelegt sind und damit feststeht, daß Voraussetzungen und Rechtsfolgen an den Verzugsvorschriften zu messen sind, die positive Vertragsverletzung hier also weitgehend von diesen geprägt ist.

Pflichtverletzung gesehen werden kann. Überwiegend findet man sie gerade in der Erklärung der Erfüllungsverweigerung. In dieser Erklärung selbst wird die Anknüpfung der Vertragsuntreue und damit eine Vertragsverletzung gesehen, weil der Schuldner die Pflicht habe, alles zu unterlassen, was die begründete Besorgnis hervorrufen könne, daß er seine Pflicht nicht erfüllen werde.¹ Besonders deutlich wird dieser Anknüpfungspunkt bei Köpcke,² der die endgültige Erfüllungsverweigerung in die Pflichtverletzungsgruppe "Treuepflichtverletzung" einreicht und auf die Mitwirkungspflicht, die Erfüllung nicht zu verweigern, abstellt.³ Er sieht darin eine neben der Hauptleistungspflicht bestehende Nebenpflicht.⁴ Es ist m.E. aber nicht einzusehen, weshalb gerade in dieser Erklärung selbst ein eigenes Unrechtselement liegen soll. Der Schuldner ist doch nicht etwa als verpflichtet anzusehen, 1. die Leistung zu bewirken und daneben 2. eine Verweigerung der Erfüllung zu unterlassen.⁵ Dabei bliebe nämlich unverständlich, wie die Erklärung der Erfüllungsverweigerung als solche gerade den

¹ vgl. Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1904, S. 52 im Anschluß an RG DJZ 9, 345.

² Köpcke, Typen der positiven Vertragsverletzung, S. 73 ff. zur Gruppeneinteilung: S. 30 ff., Köpcke nennt 5 Hauptgruppen: 1) Schlechtleistung, 2) Treuepflichtverletzung, 3) Mißachtung von Schutzpflichten, 4) Mißachtung sonstiger Treuepflichten, 5) Verletzung von Treueleistungspflichten.

³ a.a.O., S. 75, 76 iVm 65 ff.; ferner Larenz, Schuldrecht I, § 24 Ia, S. 297; vgl. auch von Lackum, culpa in contrahendo u. positive Vertragsverletzung, S. 153 ff.

⁴ Die er mit der Pflicht des Schuldners, sich auf die Leistung vorzubereiten, gleichsetzt, a.a.O., S. 76.

⁵ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 52, ihm folgend Esser-Schmidt I 2, § 28 III 2.3, S. 79.

Schaden zur Folge haben kann, für den der Gläubiger eventuell Nichterfüllungsschaden begehrt.¹ Vielmehr ist nicht die Erklärung des Schuldners, nicht erfüllen zu wollen, der richtige Anknüpfungspunkt, sondern allein das damit erkennbar gewordene (schuldhaft) Fehlen des Leistungswillens. Dieser Leistungswille ist Bestandteil der Hauptpflicht, denn die Vertragspartner haben bei Vertragsschluß vereinbart, 1. freiwillig eine Leistungshandlung vorzunehmen, 2. einen bestimmten Leistungserfolg herbeizuführen. Der Schuldner hat aber nicht versprochen, erst ab Fälligkeit leistungswillig zu sein, sondern bereits ab Vertragsschluß. Lediglich der Handlungswille für die konkrete Leistungshandlung soll erst bei Fälligkeit vorliegen. Der grundsätzliche, gleichsam darüberliegende Leistungs- und Erfüllungswille hingegen soll gerade das gesamte Schuldverhältnis ab Vertragsschluß prägen und ist wesentliches Merkmal der schuldrechtlichen Bindung.² Er ist Bestandteil der Hauptverpflichtung, denn beim gegenseitigen Vertrag verspricht jeder Vertragspartner seine Leistung nur deshalb, weil der andere ebenfalls zusagt, freiwillig seine Leistung zu erbringen, und schon ab Vertragsschluß innerlich bereit zu sein, bei Fälligkeit die Leistungshandlung vorzunehmen. Steht fest, daß dieser Leistungswille endgültig fehlt, dann ist der Vertragszweck bereits vereitelt. Damit wird die Erfüllungsverweigerung zur Verletzung der Hauptpflicht, es wird nicht eine Neben- oder Schutzpflicht verletzt, sondern die Hauptpflicht negiert.³ Die Erfüllungsverweigerung ist also der klassische Fall der Verletzung einer Haupt-

¹ Jakobs, a.a.O.

² vgl. hierzu Larenz, Schuldrecht I § 2 II, S. 12 ff., nach dem das Schuldverhältnis weder zu einem Recht zur Herrschaft über die Person des Schuldners, noch zu einer Herrschaft über die Leistungshandlung oder den Leistungsgegenstand führt.

³ vgl. Jakobs, a.a.O., S. 52, der aber für das Schadenserstattungsverlangen auf die künftige Leistungsstörung "Verzögerung" abstellt; ferner Dölle-Leser, EKG, Art. 76, Rdn. 12; Leser, Festschrift für Rheinwein II, S. 653.

pflicht¹ und steht schon von daher auf der Stufe der §§ 325, 326.² Richtiger Anknüpfungspunkt ist daher die Endgültigkeit des Fehlens des Leistungswillens und die bereits darin liegende Verletzung der Hauptverpflichtung.³

Die Erklärung der Erfüllungsverweigerung ist demgegenüber nur insoweit relevant, als sie dem Gläubiger die Sachlage offenbart und die Vereitelung des Vertragszweckes zu Tage treten läßt. Ein eigener Unrechtswert kommt demgegenüber der Erklärung nicht zu.⁴ Wollte man wirklich an diese Erklärung anknüpfen, dann wäre in der Tat nicht einzusehen, weshalb der gerissene, rechtskundigere Schuldner, der dem Gläubiger Leistungsbereitschaft vortäuscht und nicht die Erfüllung verweigert, schon von Rechts wegen anders darstehen sollte als der ehrliche Schuldner.⁵ Dem wider-

¹ Leser, Festschrift, a.a.O., ihm folgend Teubner, Gegenseitige Vertragsuntreue, S. 52.

² Sie ist insoweit nur noch mit den pVV-Fällen der Schlechtleistung zu vergleichen, bei denen ebenfalls unmittelbar die Hauptpflicht betroffen ist; auch von Lackum, a.a.O., S. 157, räumt ein, daß die Erfüllungsverweigerung weder den Schutzpflichten noch den Nebenleistungspflichten unmittelbar zuzuordnen sei, sie tendiere jedoch stark zur Nebenleistungspflichtverletzung, da diese Pflichtverletzung leistungsimmanent sei. Inwieweit Nebenpflichtverletzungen überhaupt zur Vertragslösung berechtigen können, soll hier dahingestellt bleiben.

³ Nicht abzustellen ist daher, wie Würdinger/Röhricht in GdP-HGB Anm. 421 Vor. § 373 es tun, auf die Unsicherheit des Verhaltens des anderen bei Fälligkeit, welche durch die Ankündigung des Schuldners herbeigeführt wird.

⁴ Damit wird deutlich, daß man streng genommen die Rechte aus § 326 auch dann sofort gewähren muß, wenn der Schuldner schuldhaft endgültig keinen Leistungswillen hat. Nur ist es für den Gläubiger von der Natur der Sache her nicht möglich, hier schon zu reagieren, da ihm die innere Einstellung des Schuldners idR verborgen bleibt. Jedoch wird man diese Rechte dann sofort gewähren können, wenn zwar keine Erfüllungsverweigerung gegenüber dem Gläubiger erklärt wurde, sich aber der endgültig fehlende Leistungswille zweifelsfrei aus anderen Umständen (Erklärung gegenüber Dritten) ergibt.

⁵ Zu diesem Bedenken schon Brückmann in DJZ 1901, S. 493;

spricht auch nicht, daß es in unserer Rechtsordnung eine Gesinnungshaftung nicht gibt und die Gedanken für jedermann frei sind. Dem Schuldner wird nämlich letztlich nicht die innere Einstellung vorgeworfen, sondern deren damit bereits feststehende spätere Folge auf die Durchführung des Vertragsverhältnisses. Mit der Offenbarung der inneren Einstellung des Schuldners wird für den Gläubiger deutlich, daß der ursprünglich verfolgte Vertragszweck des freiwilligen Leistungsaustausches nicht mehr erreicht werden wird. Da ein weiteres Warten auf die Fälligkeit aber für alle Beteiligten sinnlos ist und nur zu unnötigen wirtschaftlichen Schäden führen würde, muß es dem Gläubiger wegen der bereits offenbarten Vereitelung des ursprünglichen Vertragszweckes gestattet sein, schon jetzt mit den Rechten des § 326 zu reagieren.

Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit läßt sich danach also durchaus als Sondertyp der Leistungsstörung dem Aufgangtatbestand der positiven Vertragsverletzung zuordnen, wenn man dabei die Besonderheit würdigt, daß keine Nebenpflicht verletzt wird, sondern durch die Endgültigkeit des Fehlens des Leistungswillens bereits schuldhaft die Hauptpflicht verletzt und der Vertragszweck vereitelt ist. Der Anknüpfungspunkt ist damit der gleiche wie bei der Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit, nur daß sich dort der fehlende Leistungswille bereits als Leistungsverzögerung realisiert hat.

in der Praxis wird es im Ergebnis zwar in der Regel doch so sein, daß der Täuschende anders behandelt wird, jedoch beruht dies dann auf der nicht vorliegenden Erkennbarkeit der Vertragszweckvereitelung und nicht auf einer rechtlichen Ungleichbehandlung.

E Der Tatbestand der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung.

Vorab sei betont, daß jede Erfüllungsverweigerung rechtswidrig und schuldhaft sein muß, da unser BGB nur in besonders geregelten Ausnahmefällen eine verschuldensunabhängige Haftung kennt. Hinsichtlich der Prüfung der Rechtswidrigkeit und Schuld gelten jedoch keine Besonderheiten, so daß insoweit auf die zum Verzug und zur Unmöglichkeit entwickelten Grundsätze verwiesen werden kann. Häufig wird es aber bereits an der Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung fehlen, wenn sich z.B. der Schuldner über eine Sach- oder Rechtslage irrt und der Gläubiger ihn durch entsprechende Hinweise umstimmen könnte.

Entscheidend für die Frage, wann die Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung angenommen werden kann, ist die oben dargelegte Zielsetzung des Gesetzgebers bei der Gewährung des Rechts zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis des § 326 Abs. I. Grundsätzlich soll weitgehend am Vorrang der Vertragsdurchführung festgehalten werden. Das bedeutet, daß Leistungsaufforderungen wie Mahnung und Fristsetzung nur dann entbehrlich sind, wenn ihnen jede Erfolgsaussicht fehlt. Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung wird daher zutreffend allgemein immer dann bejaht,

wenn der Schuldner die Erfüllung (schuldhaft) in so bestimmter Weise verweigert, daß diese Weigerungserklärung gewissermaßen als das letzte Wort des Schuldners aufzufassen ist und es vollständig ausgeschlossen erscheint, daß er seinen Entschluß ändern werde.¹

Der Gläubiger muß davon ausgehen können, daß der Schuldner auch nach Mahnung und Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung keinen Leistungswillen zeigen wird, sondern nur noch die Zwangsvollstreckung übrig bliebe, um die Leistung zu erlangen.

¹ vgl. statt aller Staudinger-Kaduk § 326, Rdn. 185 m.w.N.

Von dieser Tatbestandsdefinition ist in jüngster Zeit allein Westhelle abgewichen.¹ Er verlangt für den Fall, daß der Schuldner aufgrund einer falschen Rechtsansicht die Erfüllung verweigert, daß der Gläubiger ein rechtskräftiges Leistungs-urteil gegen diesen erstreitet. Vorher sei die Erfüllungsverweigerung nur dann als endgültige einzustufen, wenn sie selbst für den Fall, daß eine Verurteilung zur Leistung erfolgen würde, erklärt ist.² Ist sie dies nicht, bleibe für den gegenseitigen Vertrag nur noch der Weg über § 326 Abs. I, der dann aber eben die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung erfordere.³ M.E. wählt Westhelle hier den falschen Anknüpfungspunkt. Sicherlich wird man Rechtsirrtümer beim Schuldner, soweit diese unverschuldet sind, berücksichtigen müssen. Jedoch geschieht dies grundsätzlich bei der Verschuldensprüfung, die auch im Falle der Erfüllungsverweigerung nach allgemeinen Grundsätzen vorzunehmen ist und für die hier keine Besonderheiten gelten. Falsche Rechtsansichten beim Schuldner können nur insoweit beim Tatbestand berücksichtigt werden, als abzuwägen ist, ob diese durch Mahnung und Fristsetzung ausgeräumt werden können und damit die Leistungsbereitschaft wiederhergestellt werden kann. Diese Möglichkeit besteht hier zwar eher als in anderen Fällen der Weigerung, gleichwohl kann jedoch auch von vornherein offenbar sein, daß der Schuldner eine derartige Gelegenheit, seine Position noch einmal zu überdenken, nicht nutzen wird. Gerade dann werden aber Mahnung und Fristsetzung entbehrlich. An der obigen Definition ist daher weiterhin festzuhalten.

Wann allgemein die Aussichtslosigkeit von Mahnung und Fristsetzung bejaht werden kann, ist abstrakt nicht für alle Fallkonstellationen zu erfassen, sondern bedarf jeweils der genauen Analyse des Einzelfalls. Es gibt jedoch einige Kriterien, die eine solche Einzelfalluntersuchung vereinfachen und absichern können. Es empfiehlt sich, zunächst die Erscheinungsformen der Erfüllungsverweigerung aufzuzeigen und

¹ Westhelle, Nichterfüllung und positive Vertragsverletzung, S. 69.

² a.a.O., S. 69, 70.

³ a.a.O., S. 70, 71.

dann an Beispielsfällen den Tatbestand der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit zu verdeutlichen.

I. Die Erscheinungsformen der Erfüllungsverweigerung.

1. Am deutlichsten zeigt sich die Erfüllungsverweigerung, wenn der Schuldner expressis verbis erklärt, er wolle und werde auf gar keinen Fall seine Leistung erbringen. Der Verkäufer einer größeren Menge Kohle z.B. erklärt dem Käufer, er werde nicht liefern¹ oder umgekehrt, der Käufer erklärt dem Verkäufer, er nehme die bestellten 100 Tonnen Briketts nicht ab.² Hier wird vom Schuldner der Tatbestand des Fehlens des Leistungswillens deutlich dargelegt, der Gläubiger hat sofort die Leistungsstörungssituation klar vor Augen.

2. Häufig fehlt es an einer derart klaren Äußerung, aber es wird der fehlende Leistungswille in andere Erklärungen verklausuliert oder in sonstigen Verhaltensweisen sichtbar.

a) Der Schuldner bestreitet schuldhaft und ohne ersichtlichen Grund die Rechtswirksamkeit des Vertrages³ oder erhebt sogar schon die negative Feststellungsklage.⁴ Die Gründe hierfür können unterschiedlichster Art sein. So kann der Schuldner vortragen, der Vertrag sei noch gar nicht wirksam geschlossen⁵, sei sittenwidrig oder er fechte ihn an bzw. erkläre den Rücktritt.⁶ Dabei kann er selbst von der Richtigkeit seines Vortrags überzeugt sein oder auch nur in der Hoffnung handeln, die Gegenseite zu verunsichern und zum Einlenken zu bewegen.

¹RGZ 52, 150.

²RGZ 53, 11.

³z.B. RGZ 51, 347; 53, 13; 63, 100;
RG in Recht 1918, Nr. 1342; OLGZ 10, 225.

⁴RGZ 96, 292.

⁵ROHGE 6, 324.

⁶RGZ 52, 150; 91, 345, 129, 143;
RG in JW 1913, 196;
BGHZ 51, 190.

Besonderer Bedeutung kommt bei einer derart gelagerten Erfüllungsverweigerung der Prüfung der Rechtswidrigkeit und Schuld zu, da es bei jeder zweifelhaften Rechtslage das gute Recht des Schuldners ist, zur Klärung das Gericht anzurufen.

b) Der Vertrag wird zwar grundsätzlich anerkannt, aber es werden nunmehr willkürlich und ohne daß sich die Geschäftsgrundlage geändert hat neue Bedingungen gestellt und dabei zum Ausdruck gebracht, daß eine Leistung unter anderen Bedingungen auf keinen Fall in Frage kommt. So z.B., wenn der Verkäufer plötzlich Barzahlung statt, wie ursprünglich vereinbart, Wechsel¹ oder Teilzahlung² verlangt oder unbedingt später als zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt liefern will³; eine andere Verpackung der Ware verlangt⁴ oder auf einmal nur noch frostfreie Kartoffeln statt der erlaubten frostgeschädigten annehmen will.⁵ Ebenso wenn die Fortführung eines genehmigten Hausbaues durch den Unternehmer von weiteren, vorher nicht vereinbarten Gutachten und Untersuchungen abhängig gemacht wird⁶ oder nach einem Autoverkauf die Herausgabe des Kfz-Scheines erst nach weiteren Schuldnerhandlungen wie etwa einer weiteren Warenabnahme, die mit dem Autokauf in keinem direkten Zusammenhang stehen⁷, erfolgen soll.

c) Der Schuldner stört die Vertragsdurchführung in einer Weise, die erkennen läßt, daß er letztlich auf keinen

¹OLG Hamburg in Recht 1915, Nr. 1752; BGH in MDR 1961, 224 = Betrieb 1961, 63.

²RGZ 91, 204.

³RGZ 96, 342.

⁴RG LZ 1911, Sp. 698.

⁵RG Warn: 1910, S. 52 = Gruchot 54, 630.

⁶BGH NJW 1974, 1080.

⁷BGH NJW 1953, 1347.

Fall seinen Pflichten nachkommen will.

So z.B. durch dauernde Schlechtlieferungen bei Sukzessivlieferungsverträgen¹ oder andererseits grundlose Beanstandungen der Leistungen seines Vertragspartners², wenn sich dabei im Einzelfall ergibt, daß in Wahrheit der Vertrag insgesamt nicht durchgeführt werden soll. Ebenso kann eine Erfüllungsverweigerung darin liegen, daß der Gläubiger seinerseits, um von einem unliebsamen Vertrag loszukommen, seinem säumigen Schuldner bewußt eine zu kurze Frist nach § 326 Abs. I setzt und dabei erkennbar wird, daß er selbst wiederum den Vertrag auch dann nicht durchführen will, wenn die Leistung seines Vertragspartners innerhalb der angemessenen Frist erbracht werden würde.³ Ferner gehört hierher die Fallgruppe der Verweigerung notwendiger Mitwirkungsakte durch den Gläubiger, falls diese zeigt, daß dieser letztlich den Vertrag insgesamt und damit auch die von ihm zu erbringende Leistungspflicht nicht erfüllen wird. Hier handelt es sich nur vordergründig um eine Nebenpflichtverletzung, da in Wahrheit der gesamte Vertrag nicht durchgeführt und der Gegenanspruch nicht erfüllt werden soll. So z.B., wenn der Gläubiger die vom Schuldner benötigten Daten vorenthält⁴, als Verfrachter nicht den Ablader benennt oder die Fracht nicht bereitstellt⁵ oder die Annahme der Gegenleistung in der Absicht verweigert, die eigene Leistung nicht zu erbringen.⁶ Auch kann die Erfüllungsverweigerung im Einzelfall schon darin liegen, daß der Schuldner die Vertragsdurchführung schleppend vorbereitet.⁷

In allen diesen Fällen kann sichtbar werden, daß der Schuldner generell keinerlei Erfüllungswillen be-

¹RGZ 57, 115.

²RG in JW 1927, 1632; vgl. auch RGZ 123, 238, wo betont wird, daß der Schuldner nicht später, nach der Erfüllungsverweigerung, Beanstandungen nachschieben darf.

³RG in JW 1935, S. 2624 Ziff. 6; RGZ 91, 204.

⁴RGZ 152, 119; 104, 16; BGHZ 50, 175.

⁵BGHZ 11, 80.

⁶RGZ 171, 297.

⁷RGZ 93, 287; 104, 275.

sitzt¹ und es demzufolge zur Zwangsvollstreckung kommen müßte, um den Gegenanspruch zu realisieren. Bei der Frage, ob dies tatsächlich so ist, d.h. ob die Erfüllungsverweigerung ernsthaft und endgültig ist und damit Mahnung und Fristsetzung den Schuldner nicht mehr zur Vertragstreue zurückführen können, helfen folgende Merkmale:

II. Entscheidungshilfen zur Feststellung der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit.²

1. Umstände, die die Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit indizieren (positive Abgrenzung)

a) Neben die ausdrückliche oder schlüssige Erklärung des Schuldners kann ein tatsächliches Verhalten von besonderer Tragweite treten, das andeutet, der Schuldner werde auf keinen Fall mehr freiwillig leisten.

Als Beispiele seien hier genannt eine bereits anderweitig vorgenommene Verpflichtung über die zu liefernde Ware, wenn es sich hierbei um eine Stückschuld handelt³, oder die Verweigerung der Abnahme einer Lieferung unter gleichzeitigem Hinweis, man habe sich schon anderweitig einge-deckt.⁴ Ebenso zu beurteilen ist der Fall, daß der Schuldner bereits negative Feststellungsklage auf das in Rede stehende Schuldverhältnis erhebt.⁵

¹Nicht hierher gehört m.E. der Fall BGH NJW 1976, 326, in dem die vom Schuldner zugestandene zeitweilige Lieferunmöglichkeit als Erfüllungsverweigerung behandelt wird. Hier ist nicht auf einen fehlenden Erfüllungswillen abzustellen, es liegt vielmehr ein sonstiger Fall der Sinnlosigkeit der Fristsetzung vor, da sie wegen mangelnder Leistungsfähigkeit des Schuldners während der zu setzenden Frist funktionslos ist.

²vgl. hierzu auch Schobert, Erfüllungsverweigerung, S. 22 ff.

³z.B. einem Dritten wird ein Besitzrecht an der verkauften Ware abgetreten, RGZ 104, 275, oder der Schuldner verpflichtet sich hinsichtlich des Vertragsobjektes anderweitig, BGH NJW 1963, 1247; vgl. auch RG in LZ 1923, S. 225 Ziff. 52.

Hier kann davon ausgegangen werden, daß der Schuldner sich seine Schritte wegen ihrer besonderen Tragweite vorher genau überlegt hat und daher durch weitere Gläubigermaßnahmen nicht mehr umgestimmt werden kann. Ist danach festgestellt, daß er nicht mehr umzustimmen ist, muß noch im Einzelfall untersucht werden, ob der Schuldner schuldhaft zu dem falschen Ergebnis seiner Überlegungen gelangt ist.

b) Hat der Gläubiger, statt eine Nachfrist zu setzen, bereits zu krasserem Mitteln wie Boykottmaßnahmen¹ oder gerichtlichen Schritten² gegriffen, so ist bei deren Erfolglosigkeit auch von der Zwecklosigkeit von Mahnung und Fristsetzung auszugehen.

Im sogenannten Bierkriegsfall vom 17. März 1908³ hatten die Bezugsverpflichteten der Ringbrauereien die weitere Bierabnahme boykottiert, um die Lieferung des Bieres zum vertragsgemäßen Preis zu erzwingen. Wenn durch diese harte, die Brauereien schwer belastende Maßnahme der Vertragspartner nicht zur Vertragstreue zurückgeführt werden konnte, dann hätten auch Mahnung und Fristsetzung keinen Erfolg gehabt.⁴

c) Schwierig ist demgegenüber die Feststellung der Ernsthaftigkeit und Endgültigkeit, wenn die Weigerungserklärung des Schuldners nicht durch zusätzliche Maßnahmen flankiert wird, sondern im rein verbalen Rahmen bleibt. In diesen Fällen ist nach einem besonders strengen Maßstab zu prüfen, ob die Weigerung des Schuldners zu erfüllen, wirklich ernsthaft und endgültig ist.⁵ Es muß zweifelsfrei feststehen, daß eine Fristsetzung erfolglos

⁴RGZ 53, 11; 53, 161.

⁵RGZ 96, 292.

¹RG in JW 1908, 325 Nr. 6.

²RG in LZ 1917, S. 404, Ziff. 7.

³RG in JW 1908, 325 Nr. 6.

⁴Weitere Einzelbeispiele siehe bei Schobert, a.a.O., S. 22 ff.

⁵RGZ 66, 419 (421).

bleiben würde¹, weil der Schuldner lieber die Folgen einer Nichterfüllung des Vertrages in Kauf nimmt, als doch noch zu erfüllen.² Die Zweifelsfreiheit ergibt sich im Regelfall daraus, daß er seinen Willen, die Erfüllung zu verweigern, als "letztes Wort" kundet hat³, das unumstößlich und unabänderlich feststeht.⁴ Nur dann sind Mahnung und Fristsetzung als leere Förmlichkeiten entbehrlich. Besonders strenge Anforderungen sind bei dieser Prüfung im Falle der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit zu stellen.⁵

Solange die endgültige Nichterfüllungsabsicht des Schuldners nicht offenliegt, muß der Versuch gemacht werden, ihn umzustimmen, und zwar bei der anläßlich oder nach Fälligkeit erklärten Erfüllungsverweigerung durch Nachfristsetzung und Ablehnungsandrohung, bei der vorzeitigen Erfüllungsverweigerung durch Konfrontation mit den Folgen des Beharrems auf der vertragswidrigen Einstellung in einer durch die jeweiligen Umstände gebotenen Form.⁶

2. Negative Abgrenzung.

Nicht ernsthaft und endgültig ist die Erfüllungsverweigerung, solange es nach den Gesamtumständen nicht als ausgeschlossen erscheint, daß der Schuldner gleichwohl noch freiwillig erfüllen wird.

a) Nicht eindeutige Erklärung des Schuldners.

Es reicht nicht aus, wenn der Schuldner lediglich eigene

¹RGZ 104, 2777.

²BGH in DB 1971, 1204, bedenklich daher die Entscheidung BGH NJW 1971, 1839 Ziff. 3, s. dazu unten S. 152.

³Staudinger-Kaduk, § 326 Rdn. 185 m.w.N.; Würdinger/Röhrich in GdP-HGB Anm. 423 Vor. § 373.

⁴BGH LM § 326 Dc Nr. 2.

⁵BGH in DB 1976, 238.

Erfüllungsschwierigkeiten offenbart und z.B. erklärt, sich z.Zt. in Zahlungsschwierigkeiten zu befinden und gerne Stundung gewährt hätte.¹ Hier liegt lediglich eine Vertragszweckgefährdung vor, die aber gerade verzugstypisch ist und von daher eine Nachfrist erfordert. Ebenso wenn der Schuldner sagt, er wisse nicht, ob er erfüllen werde.^{2,3} Sehr bedenklich erscheint die Entscheidung des BGH vom Juli 1971⁴, wo allein in dem Auszug des Mieters ohne Vornahme der vertraglich übernommenen Instandsetzungen eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Erfüllung dieser Renovierungspflicht gesehen wurde. Hier wird im Regelfall die Aufforderung zur Renovierung aussichtsreich und damit erforderlich sein. Allein der Wunsch des Schuldners, dem Anspruch des Gläubigers zu entgehen, gibt keinerlei Anlaß, einen definitiven Weigerungswillen anzunehmen.⁵

b) Angedeutete Konzessionsbereitschaft.

Treten zwischen den Parteien bloße Meinungsverschiedenheiten auf oder will der Schuldner eine Vertragsänderung, liegt noch keine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung vor, solange der Schuldner nicht zu erkennen gibt, daß seine Meinung und sein Wille einzig entscheidend sind und ihre Anerkennung unabänderliche Leistungs-

⁶ Würdinger/Röhrich in GdP-HGB, Anm. 423 Vor § 373; vergl. auch BGH in DB, a.a.O.

¹ RGZ 66, 430; Staudinger-Kaduk § 326 Rdn. 187.

² RG in Seuff. Arch. Bd. 74, S. 359.

³ Gerade ein Fall der Erfüllungsbereitschaft ist gegeben, wenn der Schuldner einen Selbsthilfeverkauf vornimmt, vergl. RG in JW 1928, 2637 Ziff. 22; RGZ 110, 158.

⁴ NJW 1971, 1839 Ziff. 3.

⁵ a.A. als der BGH daher zu Recht OLG Hamburg in NJW 1973, 2211 Ziff. 11.

voraussetzung ist.¹ Solange der Schuldner zu Verhandlungen bereit ist und nicht einen rein ablehnden Standpunkt einnimmt, muß der Versuch gemacht werden, ihn zur Vertragseinhaltung zu bewegen.² So sah z.B. das Reichsgericht³ in der einseitigen Erhöhung des Bierpreises von 16 auf 18 1/2 Pfennig zwar eine Erfüllungsverweigerung, jedoch keine endgültige, weil die Brauerei ihr Verhalten mit dem Hinweis erläutert hatte, daß die Erhöhung annähernd der für sie eingetretenen Erhöhung der Biersteuer entspräche und man hoffe, daß man sich selbst nicht der Ansicht werde verschließen können, daß der Preis so niedrig wie nur möglich sei. Damit wurde erkennbar, daß Verhandlungen möglich waren.

Diese eventuelle Verhandlungsbereitschaft kann z.B. auch schon darin gesehen werden, daß der Schuldner sich weigert, ein "letztes Wort" zu sprechen.⁴ Eine Umstimmung des Schuldners scheint weiter dann als möglich, wenn dieser zwar sein ursprüngliches Angebot abändert, sein neues Angebot aber nicht so weit vom ersten abweicht, daß auch bei weiteren Gläubigerwarnungen er nicht zu seinem ursprünglichen Angebot zurückkehrt.⁵

Ferner ist von einer Konzessionsbereitschaft zunächst immer auszugehen, wenn lediglich die Absicht erkennbar ist, vom Vertrag löszukommen⁶ oder einfach der Rücktritt er-

¹BGH MDR 1961, 314; Erman-Battes 326 Rdn. 45; Larenz, Schuldrecht I, S. 289 Fn. 6; vgl. ferner RG in JW 1912, S. 387 Ziff. 7; RG in JW 1937, S. 2268 Ziff. 5; RG in LZ 1925, S. 970 Ziff. 7; Staudinger-Kaduk § 326 Rdn. 191; RGZ 108, 69; 90, 317.

²Staudinger-Kaduk, a.a.O., DB 1971.

³JW 1912, S. 387, Ziff. 7.

⁴BGH in Betrieb 1976, 238.

⁵Emmerich, Jus 1976, 549.

⁶Würdinger/Röhrich in GdP-HGB, Anm. 423 Vor. § 373.

klärt wird.¹ Auch hier muß der Schuldner zur Vertragserfüllung angehalten werden. Es müssen schon besondere, weitere Umstände hinzutreten, die eine Umkehr des Schuldners als ausgeschlossen erscheinen lassen. So z.B., wenn an der Rücktrittserklärung über einen langen Zeitraum festgehalten wird² oder vom Gläubiger immer wieder auf Erfüllung gedrängt wurde.³ Ebenso wenn der Schuldner erklärt, selbst nach einer Fristsetzung bei seinem Rücktritt zu verbleiben.⁴

c) Falsche Vorstellungen beim Schuldner.

Geht der Schuldner bei seiner Weigerungserklärung erkennbar von einem irrigen Rechtsstandpunkt in Bezug auf seine Vertragspflichten aus, ist gewöhnlich noch keine ernsthaft und endgültige Erfüllungsverweigerung anzunehmen.⁵ Mahnung und Fristsetzung unter Hinweis auf die Rechtsauffassung des Gläubigers oder gar die Rechtsprechung können vielleicht den Schuldner zum Nachdenken oder zur Einholung genauerer Auskünfte veranlassen und noch die Vertragsdurchführung sicherstellen. Diese Prüfung ist der Verschuldensprüfung vorgelagert.

Ähnlich liegt es, wenn der Schuldner über wesentliche tatsächliche Umstände falsche Vorstellungen hat. Hier ist er vom Gläubiger genauer zu informieren und mit der Gegenvorstellung zu konfrontieren.

Mahnung und Fristsetzung sind in diesen Fällen aber dann entbehrlich, wenn aus weiteren Umständen klar wird, daß der Schuldner bei seiner falschen Auffassung verbleiben wird, z.B., weil schon hinreichend mit ihm verhandelt

¹RGZ 67, 317; RG in HRR 1932 Nr. 712; BGB-RGRK-Ballhaus § 326 Rdn. 48.

²RG in LZ, 1925, S. 970 Ziff. 7.

³RGZ 67, 313 (318).

⁴RG, ebenda.

⁵RG in HRR 1934 Nr. 1348; BGB-RGRK-Ballhaus § 326, Rdn. 49.

wurde oder er selbst schon negative Feststellungsklage erhoben hat. Für diesen Fall kommt dann aber noch der Prüfung der Rechtswidrigkeit und Schuld besondere Bedeutung zu, da gerade bei schwierigen Sach- und Rechtslagen dem Schuldner selbst eine starre Haltung nicht unbedingt vorwerfbar sein muß.

III. Beurteilungszeitpunkt und Beurteilungsstandpunkt.

Einigkeit herrscht darüber, daß die Beurteilung des Tatbestandes der Erfüllungsverweigerung immer aus der Sicht des Weigerungsgegners zu erfolgen hat.¹ Es entspricht den Grundsätzen des Vertragsrechts, daß das Verhalten des Vertragspartners an dem objektiven Benehmen und nicht dem inneren Willen gemessen wird. Das Verhalten des Schuldners wird so ausgelegt, wie der Verkehr es verstehen muß.² Dies steht im Einklang mit der rechtlichen Behandlung des Leistungs- und Erfüllungswillens.³ Die Überzeugung von der Ernstlichkeit und Endgültigkeit muß sich dem Gläubiger aber zum Zeitpunkt der Weigerungserklärung aufgedrängt haben. Es reicht nicht aus, daß der Richter später im Prozeß postum auf Grund irgendwelcher Umstände feststellt, daß der Schuldner von seiner Weigerung nicht abgegangen wäre.⁴

¹ Würdinger/Röhrich in GdP-HGB Anm. 423 Vor. § 373; Rabel Warenkauf I, S. 383; vgl. hierzu auch Dölle-Leser, EKG, Art. 76 Rdn. 22 für die Frage der Beurteilung der offensichtlichen Vertragsverletzung im EKG.

² Rabel, a.a.O.

³ vgl. BGHZ 36, 30; 40, 272 (276); NJW 1972, 864; NJW 1974, 1132.

⁴ Würdinger/Röhrich, a.a.O.; RGZ 102, 266; RG in JW 1919, 375 und 1918, 551.

F Zu den Rechtsfolgen.

Die Rechtsfolgen sind von Rechtsprechung und Literatur unabhängig von der unterschiedlichen dogmatischen Behandlung der Erfüllungsverweigerung einheitlich richtig gefunden worden: Der Gläubiger kann weiterhin Erfüllung verlangen oder stattdessen die Rechte aus § 326 geltend machen, ohne aber an Mahnung, Fristsetzung und Ablehnungsandrohung gebunden zu sein. Will er am Erfüllungsanspruch festhalten, kann er zudem ab Fälligkeit der Leistung die üblichen Verzugsansprüche geltend machen, da der Schuldner ohne Mahnung allein durch die schuldhaft endgültige Erfüllungsverweigerung in Verzug gerät. Hinsichtlich der Ausübung dieser Rechte gelten jedoch einige Besonderheiten:

I. Besonderheiten bei den negativen Sanktionen aus § 326 Abs. I.

1. Der Gläubiger muß grundsätzlich wie in jedem Verzugsfall selbst vertragstreu sein, um nach § 326 gegen den Schuldner wegen dessen Vertragsuntreue vorgehen zu können. Diesen allgemeinen Grundsatz hat die Rechtsprechung aus § 320 Abs. I abgeleitet.¹ Jedoch gilt dies dann nicht mehr, wenn der Schuldner bekundet hat, auf seiner Erfüllungsverweigerung selbst für den Fall zu beharren, daß der Gegner die ihm noch mögliche Beseitigung seiner Vertragswidrigkeiten zugesagt hat.² Es wäre zwecklos,

¹RGZ 67, 313 (318); 109, 54; 149, 401 (404); 120, 193 (196); BGH in Jus 1963, 36 Nr. 5; 1970, 91 Nr. 4; BGH in NJW 1958, 1531 Nr. 1; 1971, 1747 Nr. 2.

²RGZ 67, 313 (319); 149, 401 (404); BGH in Jus 1963, 36 Nr. 5; 1970, 91 ff. Nr. 4 m.w.N.; BGH in NJW 1958, 1531; 1977, 580 Ziff. 3 = JZ 1977, 129 = WM 1977, 222; ferner Staudinger-Kaduk § 326 Rdn. 85 m.w.N.

dem einen Teil die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen auch dann noch aufzuerlegen, wenn schon feststeht, daß sich der andere Teil auch nach einer solchen Erfüllung unberechtigt weigern werde.¹ Dies setzt natürlich voraus, daß der Gläubiger selbst überhaupt zu der ihm obliegenden Leistung in der Lage ist und also vertragstreu sein kann.²

Hier kommt wieder der allgemeine Rechtsgedanke zum Ausdruck, daß dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, er verlange noch Maßnahmen, von denen bereits klar ist, daß sie ihr Ziel (hier Vertragsdurchführung) nicht mehr erreichen können und sie nur noch zur zeitlichen Verzögerung der schon feststehenden Rechtsfolgen führen. Es wird aber in diesen Fällen nach einem besonders strengen Maßstab zu prüfen sein, ob tatsächlich keine kausale Verknüpfung zwischen der Vertragsuntreue des Gläubigers und der Erfüllungsverweigerung des Schuldners besteht.

2. Wenn auch durch die Erfüllungsverweigerung die Nachfristsetzung entbehrlich wird, muß doch beachtet werden, daß die Rechtslage damit noch nicht dieselbe ist, wie nach Ablauf der gesetzten Nachfrist. Die Fristsetzung im Normalfall des § 326 Abs. I hat nämlich die Wirkung, daß nach ihrem fruchtlosen Ablauf der Gläubiger nur noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten kann, während der Anspruch auf Erfüllung automatisch ausgeschlossen ist (§ 326 Abs. 1 S. 2). Dieser geht mit Fristablauf unter. Der Fristablauf hat gestaltende Funktion. Bei der Erfüllungsverweigerung liegt dieser Fristablauf aber nicht vor, die Gestaltung muß

¹RGZ 149, 401 (404).

²BGH in JZ 1965, 452; BGH in NJW 1977, 580 (581); diese Leistungsfähigkeit muß aber nicht mehr vorliegen, wenn der Gläubiger nach der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung vom Erfüllungsanspruch auf den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung übergehen will. Zu diesem Zeitpunkt darf sich der Gläubiger schon, z.B. durch anderweitige Veräußerung der Kaufsache, leistungsunfähig gemacht haben, BGH in NJW, a.a.O., in Abweichung zu RG in JW 1925, 606 Nr. 9.

demgemäß ersetzt werden. Allein durch die Erfüllungsverweigerung darf die Gestaltung jedoch noch nicht eintreten, da man damit das Schicksal des Erfüllungsanspruchs allein in die Hände des Schuldners legen würde. Der Gläubiger muß aber das Wahlrecht zwischen Erfüllung und den Sekundärrechten des § 326 behalten. Daher muß er diese Gestaltung gegebenenfalls selbst noch vornehmen.¹ Es ist, will er nach § 326 Abs. I vorgehen, noch eine Erklärung erforderlich, daß er aufgrund der Erfüllungsverweigerung die Leistung ablehne und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange² bzw. zurücktrete. Allerdings muß diese Erklärung nicht sofort erfolgen³, der Gläubiger darf zunächst Erfüllung verlangen und später noch auf die Sekundärrechte übergehen.⁴ Erst mit dieser Erklärung ist dann dieselbe Situation geschaffen wie nach dem Fristablauf.

Im Einzelfall können aber die Sekundärrechte des Gläubigers verwirkt sein, wenn er nicht früh genug auf die Erfüllungsverweigerung des Schuldners reagiert.⁵ So kann, wenn der Schuldner die Erfüllung verweigert, in einer langen Dauer des Schweigens das Einverständnis des Gläubigers mit der Weigerung und ein Fallenlassen des Erfüllungsanspruchs gesehen werden.⁶ Wenn der Gläubiger sich hier

¹ Staudinger-Kaduk § 326 Rdn. 185; Leser, Festschrift für Rheinwein II, S. 656.

² RGZ 91, 30 (31); RG Recht 1921, Nr. 514, 515; 1924 Nr. 349; Staudinger-Kaduk § 326 Rdn. 194.

³ RGZ 91, 99.

⁴ RGZ 102, 262; BGH NJW 1977, 580.

⁵ RGZ 88, 261.

⁶ vgl. RGZ 95, 307 (310); 91, 347; ROHG 23, 83.

auch nicht endgültig für den Erfüllungsanspruch oder die Sekundäransprüche entscheiden muß, so hat er doch klarzustellen, daß er das Verhalten des Schuldners als Pflichtwidrigkeit ansieht und es nicht ohne weiteres bei der Weigerung belassen wird.

3. Will der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, kann er seinen Schaden abstrakt oder konkret berechnen.

a) Bei der abstrakten Schadensberechnung im Normalfall des § 326 Abs. I kann der Gläubiger wählen, ob er den Zeitpunkt des Verzugseintritts oder den Zeitpunkt des Fristablaufs (Gestaltungszeitpunkt) zugrundelegen will.¹ Folglich gilt bei der Erfüllungsverweigerung, daß der Gläubiger auch hier den Zeitpunkt des Verzugseintritts (falls die Leistung schon fällig war) oder den Zeitpunkt der Wahlerklärung, die anstelle des Fristablaufs die Gestaltung fixiert, wählen kann.² Da die Erfüllungsverweigerung allein nicht die Gestaltung bewirkt, kann ihr Zeitpunkt - es sei denn, es ist der Zeitpunkt des Verzugs-
eintritts - nicht zugrundegelegt werden.³

b) Die konkrete Schadensberechnung ist grundsätzlich an keinen festen Zeitpunkt gebunden.⁴ Der Gläubiger kann ohne weiteres zunächst auf der Erfüllung beharren, ihm kann später nicht der Einwand entgegengebracht werden, er hätte bereits früher einen Deckungskauf tätigen müssen.⁵ Eine

¹RGZ 90, 423 (425); 91, 30 (31); Erman-Battes § 326 Rdn. 57.

²RGZ 103, 292 (293); 91, 30 (31); Erman-Battes, a.a.O. m.w.N.; Würdinger/Röhrich in GdP-HGB Anm. 373 Vor 373.

³RGZ 91, 30 (31); Erman-Battes, a.a.O.

⁴Erman-Battes § 325 Rdn. 23 m.w.N.

⁵RGZ 83, 176 (178).

Verpflichtung zum alsbaldigen Deckungskauf würde den Gläubiger nämlich nötigen, seinen Erfüllungsanspruch aufzuzugeben.¹ Ein mitwirkendes Verschulden iSd § 254 Abs. II an der Entstehung des Schadens ist aber dann möglich, wenn der Gläubiger nach erklärter Wahl nicht alsbald den Deckungskauf tätigt.² Es ist als Regel anzunehmen, daß der Weigerungsgegner sich einzudecken hat, sobald er auf die Erfüllungsverweigerung hin Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt.³ Er darf nicht einmal dem sich bereits ernsthaft und endgültig Weigernden noch die in § 326 Abs. I eigentlich vorgesehene Frist setzen, wenn er damit nicht die Vertragsdurchführung erreichen, sondern auf Kosten des Schuldners fortspekulieren will.⁴ Vielmehr gibt ihm der § 254 Abs. II auf, die Folgen der Nichtausführung des Vertrages zu begrenzen.

Bei der Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit kann der Gläubiger das Deckungsgeschäft sogar schon vor Ablauf der eigentlichen Lieferzeit tätigen⁵ und dieses bei der konkreten Schadensberechnung zugrundelegen, wenn die Umstände eine sofortige anderweitige Deckung gebieten (z.B. die Notwendigkeit besteht, die Ware zur Lieferzeit zu besitzen oder die sofortige Deckung in beiderseitigem Interesse liegt)⁶. Der Gläubiger muß hier aber nachweisen, daß das

¹RG, a.a.O.

²RG, a.a.O. in Bestätigung von RGZ 57, 106.

³RGZ 102, 348; Staudinger-Kaduk § 326 Rdn. 140.

⁴Würdinger/Röhricht in GdP-HGB Anm. 373 Vor § 373; so auch schon RGZ 5, 103 (105) zu Art. 356 ADHGB.

⁵RGZ 4, 69 (71); 7, 44; 15, 65 (69); 52, 150 (153).

⁶RGZ 7, 44; 4, 69 (71); 15, 65 (69).

vorzeitige Deckungsgeschäft nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zeitlich wie sachlich angemessen war¹, was idR auszuschneiden ist, wenn er sich nach Ablauf der Lieferzeit hätte billiger eindecken können.²

II. Positive Sanktionen.

1. Bedürfnis für positive Sanktionen.

Nicht immer ist den Interessen des Gläubigers damit gedient, über § 326 Abs. I vom Vertrag loszukommen und dann über Schadensersatzforderungen seinen Interessenverlust auszugleichen. Vielmehr kann ihm im Einzelfall daran gelegen sein, auf der Erfüllung des Vertrages zu bestehen und Erfüllungszwang auf den Schuldner auszuüben.

a) Schuldet der sich Weigernde eine Handlung, die von seiner individuellen Person geprägt ist (Werkleistung, künstlerische Tätigkeit) und die nicht ohne weiteres durch einen anderen ausgeführt werden kann, können negative Sanktionen den Gläubiger häufig nicht befriedigen, da das Interesse an der Primärleistung u.U. bedeutend größer ist als das Interesse an jeglicher Sekundärleistung.

b) Wird eine Speziessache geschuldet, die für den Gläubiger wichtige individuelle Eigenschaften besitzt und nicht anderorts zu beschaffen ist (Originalgemälde, bestimmtes Grundstück), kann der Gläubiger vielleicht ebenfalls nur durch die Primärleistung hinreichend befriedigt werden.

c) Auch bei Geldschulden kann der Gläubiger an der Vertragsdurchführung interessiert sein, wenn er ein gesteigertes Interesse an der Erbringung der eigenen Leistung hat (er will z.B. seine Ware aus Lagerungsgründen los werden). Hier geht es dem Gläubiger nicht allein um die

¹RGZ 102, 348 (349).

²RGZ 4, 69 (71) m.w.N.; 52, 150 (153).

Erlangung der Vergütung, die er letztlich wirtschaftlich gleichwertig auch über den Nichterfüllungsanspruch erreichen könnte, sondern um die Durchführung des Vertrages mit seinen vielfältigen Haupt- und Nebenpflichten.¹

2. Sicherungsmittel bei positiven Sanktionen.

Häufig ist, wenn der Gläubiger die Erfüllung durchsetzen will, ihm allein mit der Erhebung der Erfüllungsklage nicht geholfen, weil zwischenzeitlich die Gefahr besteht, daß der Schuldner nun auch noch die zwangsweise Durchsetzung des Gläubigeranspruchs vereitelt (den Leistungsgegenstand veräußert oder zerstört) oder ein Vermögensverfall bei ihm bevorsteht. Hier muß der Gläubiger präventiv eingreifen können, um nicht letztlich doch noch um den gewünschten Erfolg gebracht zu werden. Dafür stehen ihm mehrere Mittel zur Verfügung:

a) Der Gläubiger kann im Wege der einstweiligen Verfügung (§ 935 ZPO) in Bezug auf den Streitgegenstand bzw. bei geldwerten Ansprüchen mittels Arrests (§ 916 ZPO) die Lage stabilisieren und die spätere Erfüllung absichern. Er hat hierbei den Vorteil des Eilverfahrens, das ihm wegen der lediglich summarischen Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen einen schnellen Sicherungszugriff erlaubt. Daß der Zwangseingriff in Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage steht, hat er erst nachträglich zu beweisen und zu verantworten. So wird der Schuldner schon frühzeitig auf den Weg der Primärerfüllung gezwungen.

b) Steht dem Gläubiger noch ein ausreichender Zeitraum zur Verfügung, kann er den Schuldner, der schon vor

¹ Im Einzelfall kann sich ein Bedürfnis, auf der Erfüllung zu beharren, auch daraus ergeben, daß schon eine weitgehende Vermögensverschlechterung beim Schuldner eingetreten ist und spätere Schadenersatzforderungen nicht die gleiche Zugriffschance bieten, vergl. hierzu Lange, Vorbereitung und Gefährdung der Leistung, S. 79.

Fälligkeit die Erfüllung verweigert, gem. § 259 ZPO auf zukünftige Leistung verklagen. Der Vorteil dieses Vorgehens liegt für den Gläubiger in der genaueren Klärung der materiellen Rechtslage und dem damit geringeren Risiko (Gefahr des § 945 ZPO). Er bekommt damit die Möglichkeit, sofort im Fälligkeitszeitpunkt mit der Zwangsvollstreckung zu beginnen¹, nicht jedoch schon vorher die Leistung sicherzustellen. Im letzteren liegt der Nachteil gegenüber dem einstweiligen Verfügungsverfahren. Allerdings ist die psychologische Wirkung einer derartigen Verurteilung gegenüber dem Schuldner beachtlich und kann diesen zur Umkehr bewegen.²

c) Z.T. wird dem Gläubiger auch das Recht gewährt, den Schuldner selbständig darauf zu verklagen, bestimmte, zur später fällig werdenden Erfüllung notwendige Vorbereitungs-handlungen vorzunehmen und z.B. rechtzeitig mit der Herstellung des geschuldeten Werkes zu beginnen oder sich für die später fällig werdende Leistung die erforderlichen Hilfsmittel zu besorgen.³ Die Klagbarkeit ist hier dadurch

¹ vgl. §§ 726 Abs. I, 751 Abs. I ZPO.

² Über § 258 kann auch auf zukünftige Unterlassung geklagt werden, vgl. Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO I, § 259 I 2; Rosenberg-Schwab, Zivilprozeßrecht, § 93 II 2c. Diese vorbeugende Unterlassungsklage wird allgemein aber nur bei sogenannten selbständigen Unterlassungsansprüchen zugelassen. Die Klagbarkeit unselbständiger Unterlassungspflichten wird verneint, vgl. Soergel-Siebert-Knopp § 242 Rdn. 109, Larenz, Schuldrecht I § 2 I, S. 10. Danach kann der Gläubiger gegen erfüllungsgefährdende Handlungen (der Schuldner schickt sich an, das verkaufte Haus erfüllungsverreitend zu belasten oder zu nutzen) nicht im Wege der vorbeugenden Unterlassungsklage vorgehen. a.A. aber Hellwig, Anspruch und Klagerecht, S. 388 ff.; Palandt-Heinrichs § 241 Anm. 4; Lenzen, NJW 1967, 1260, die jeder Verpflichtung zur positiven Leistung die klagbare Pflicht, alles mit der Leistung nicht vereinbare zu unterlassen, entnehmen.

³ Beuthin, Zweckerreichung und Zweckstörung, S. 119, 120.

zu erreichen, daß man die Vorbereitungspflicht als selbständige Nebenleistungspflicht auslegt.¹

d) Gemäß § 320 kann der Gläubiger ferner seine eigene Leistung zurückhalten, bis er von seinem Vertragspartner die Gegenleistung erhält. Ist der Gläubiger vorleistungspflichtig, entfällt die Vorleistungspflicht unter den Voraussetzungen des § 321, d.h. wenn gleichzeitig neben die Erfüllungsverweigerung eine Verschlechterung der Vermögenslage beim Schuldner tritt, die den Gläubigeranspruch gefährdet. Z.T. wird § 321 analog angewandt auf alle Fälle, in denen der Schuldner durch sein Verhalten dem Vorleistungspflichtigen subjektiv begründeten Anlaß zu der Befürchtung gibt, daß eine wesentliche Verschlechterung eingetreten sei.² Als Folge hat der Gläubiger aber nur dieses Leistungsverweigerungsrecht und keinen Anspruch auf Sicherheitsleistung oder Zug um Zug Leistung.³ Es entsteht vielmehr ein Schwebezustand, in dem der Gläubiger permanent zur Leistung bereit sein muß.

Für den Fall der Erfüllungsverweigerung hat die Rechtsprechung zudem losgelöst von § 321 die Vorleistungspflicht des Weigerungsgegners allein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) entfallen lassen.⁴

¹BGHZ 48, 163 (169) = JZ 1968, 24; RGZ 68, 192 (194).

²Götz, Jus 1961, 56 (59).

³vgl. hierzu Erman-Battes § 321 Rdn. 11; Staudinger-Kaduk § 321 Rdn. 33; a.A. aber Larenz, Schuldrecht I, § 15 I, S. 170, Soergel-Siebert-Schmidt § 321 Rdn. 5, die Zug um Zug Anspruch bejahen.

⁴vgl. BGH in DB 1968, 1809; BGH in WM 1957, 1343 (1345), 1964, 1267; ferner Staudinger-Kaduk § 320 Rdn. 21 a. m.w.N.

G Einzelprobleme

I Widerrufsrecht des Schuldners

Die Frage, ob der Schuldner die Folgen seiner ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung dadurch abwenden kann, daß er sie später widerruft, scheint zunächst im Widerspruch zum Tatbestand der Endgültigkeit der Weigerung zu stehen. Widerruft er sie, war sie offenbar doch nicht endgültig, so daß es eigentlich ohnehin nicht zu den sofortigen Rechtsfolgen des § 326 Abs. I kommen durfte. Es muß jedoch bedacht werden, daß der Tatbestand der Erfüllungsverweigerung ja nicht absolut, sondern nur für den objektiven Empfänger feststehen muß.¹ Folglich wird es immer Fälle geben, in denen es zu einem vorher nicht zu vermutenden Sinneswandel beim Schuldner kommt.

Die Rechtsprechung vertrat früher einmal den Standpunkt der freien Widerruflichkeit der Erfüllungsverweigerung mit der jedoch unvertretbaren Konsequenz, daß bereits erfolgte Reaktionen des Gläubigers auf das Schuldnerverhalten zu seinen eigenen Lasten gingen und er z.B. selbst das Risiko eines vorzeitigen Deckungskaufs trug.² Diese Auffassung dürfte heute überwunden sein.³ Im Normalfall des Verzugs kann der Schuldner während der gesamten, ihm gesetzten Frist noch zur Leistungstreue zurückkehren. Dieses Recht endet erst zum Gestaltungszeitpunkt. Folgerichtig muß es dem sich Weigernden ebenfalls gestattet werden; später doch noch zu erfüllen. Da der Gestaltungszeitpunkt bei der Erfüllungsverweigerung durch die Wahlerklärung

¹ s.o. S. 155.

² RGZ 52, 150 (152, 153); anders allerdings RGZ 7,44 und ROHG 63, 322; ebenso aber Paech, Leistungsverzug, S. 81.

³ RGZ 57, 113 (114, 115); Leser, Festschrift für Rheinstein II, S. 656, 657; Staudinger-Kaduk § 326 Rdn. 186; Würdinger/Röhrich in GdP-HGB Anm. 410 Vor § 373.

des Gläubigers fixiert wird¹, erlischt erst mit dieser der Erfüllungsanspruch. Bis dahin bleibt daher der Widerruf möglich, danach ist das Primärverhältnis in ein Sekundärverhältnis umgewandelt und eine Erfüllung nicht mehr zulässig.

Dieses Ergebnis rechtfertigt sich auch aus dem Grundsatz des *venire contra factum proprium*. Der Schuldner hat durch seine Weigerung den Vertrauenstatbestand geschaffen, er werde nicht mehr zur Leistung zurückkehren. Ändert er seinen Willen, setzt er sich damit in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten. Ein Erfüllungsverlangen wäre nunmehr eine unzulässige Rechtsausübung. Es besteht jedoch kein Anlaß, eine dem eigenen Handeln widersprechende Handlung für unzulässig zu erklären, wenn der Vertrauenstatbestand den zu Schützenden noch zu keinerlei Reaktion veranlaßt hat und ohne weiteres noch das ursprünglich Gewollte erreicht werden könnte. Insoweit ist dem Grundsatz des *venire contra factum proprium* keine Absolutheit beizumessen.² Demgemäß muß es dem Schuldner gestattet werden, seine Erfüllungsverweigerung zu widerrufen, solange der Gläubiger nicht bereits durch die gestaltende Wahlerklärung das Erfüllungsrecht zum Erlöschen gebracht oder sonst im Vertrauen auf das vorherige Verhalten des Schuldners Dispositionen getroffen hat. Damit kann also über diesen Grundsatz des *venire contra factum proprium* der Widerruf schon vor dem Gestaltungszeitpunkt unzulässig werden, wenn der Gläubiger die vom Schuldner geschaffene Vertrauenslage bereits ausgenutzt hat. Die Unzulässigkeit der Erfüllung ergibt sich hier im Einzelfall früher als im Normalfall des Verzuges. Dies ist eben darin begründet, daß durch die positive Weigerungserklärung bereits eine Vertrauenslage im Hinblick auf die endgültige Nichterfüllung geschaffen ist, während die bloße schuldhaftige Leistungsverzögerung diese Frage noch offen läßt.

¹ s.o. S. 158.

² Hartmann, Erfüllungsverweigerung, S. 42, 43.
Riezler, *venire contra factum proprium*, S. 110.

II Sonderfall: Die Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters.

Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und dem anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen (§ 17 KO). Er kann aber auch die Erfüllung des Vertrages ablehnen. Tut er dies, so ist dem Vertragspartner des Gemeinschuldners die Ausübung des Rücktrittsrechts durch die Sonderbestimmung des § 26 S. 1 KO versagt. Die heute allgemeine Auffassung geht jedoch dahin, daß dem Gläubiger dafür eine Konkursforderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung erwächst.¹ Man ist sich darüber einig, daß die Billigkeit es gebietet, den Vertragspartner schadlos zu stellen, wenn ein rechtsgültiger Austauschvertrag nur um der Gläubigerschaft des anderen willen unerfüllt bleibt.² Unterschiedlich ist jedoch die Begründung dieses Anspruchs:

Die überwiegende Auffassung leitet ihn aus materiellem Recht her und sieht in der Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters eine positive Vertragsverletzung.³ Dem wird entgegengehalten, daß die dafür erforderliche Voraussetzung des Verschuldens nicht festgestellt werden könne.⁴ Dieses Verschulden setze immer Pflichtwidrigkeit voraus, die hier jedoch nicht vorliege, weil das Gesetz dem Konkursverwalter ausdrücklich im § 17 KO die Erfüllungsverweigerung gestatte.

¹ vgl. die Nachweise bei Jäger-Lent, Konkursordnung, Bd. I, § 17 Rdn. 41. Dieser Anspruch ergibt sich jedoch nicht aus § 26 S. 2 KO, weil dort ein solcher gerade vorausgesetzt wird, s.u. S. 169 Fn. 1.

² vgl. hierzu die Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung bei Hahn, Die gesamten Materialien der Konkursordnung, S. 86, 101, 102, 107, 231.

³ RGZ 135, 167 (170); BGHZ 17, 127 (129); BGH NJW 1962, 153 (155); 1963, 1862 (1870); Mentzel-Kuhn, Konkursordnung, § 26 Rdn. 9; Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, § 17, 4.

⁴ Jäger-Lent, a.a.O.; Lent, Festschrift Lehmann, S. 837 ff.

Es sei widersinnig anzunehmen, das Gesetz ermächtige den Konkursverwalter zu einem Verhalten, das eine positive Vertragsverletzung darstelle. Durch die Erlaubnis des Gesetzes verliere dessen Verhalten vielmehr den Charakter der Pflichtwidrigkeit.

Es scheint in der Tat sehr bedenklich, den Schadensersatzanspruch hier von einem Verschulden abhängig zu machen. Ein Verschulden des Konkursverwalters ist aus den o.g. Gründen kaum darzulegen. Selbst wenn man nicht auf den Konkursverwalter, sondern den Schuldner und die Tatsache der Herbeiführung der Konkurslage abstellen würde, wird ein Verschulden des Schuldners an dieser Konkurseröffnung häufig überhaupt nicht oder nur sehr schwer feststellbar sein. Es wäre irrig anzunehmen, daß der Konkurs immer oder auch nur regelmäßig auf schlechter Geschäftsführung des Gemeinschuldners beruht. Gerade in Zeiten schwerer Krisen können auch gut fundierte und ordentlich geführte Unternehmen in Konkurs fallen.¹ Eine gesetzliche Vermutung für das Verschulden des Gemeinschuldners findet sich in der Konkursordnung aber nicht.²

Auf das Verschuldenserfordernis muß daher verzichtet werden, will man dem Gläubiger den Nichterfüllungsanspruch gewähren. Dieser Verzicht läßt sich aus den Interessenabwägungen der Konkursordnung rechtfertigen.³ Wird dem Konkursverwalter, um die Interessen der Masse nicht zu stark zu beeinträchtigen, schon das Recht zur Erfüllungsablehnung gegeben, muß an die Stelle des erlöschenden Erfüllungsanspruchs ein Ausgleichsanspruch treten, der die Masse nicht so stark belasten soll, wie es die unbedingte Erfüllung tun könnte. Es handelt sich dabei letztlich um eine Billigkeitserwägung aus der besonderen Lage des Konkurses. Statt die Haftungsvorschriften des BGB und die Grundsätze der pVV unnötig zu strapazieren, sollte man hier daher die Rechtsgrundlage für einen Ersatzanspruch in einem allgemeinen Billigkeitsgedanken des geltenden Konkursrechts

¹ Lent, Festschrift Lehmann, S. 839.

² Von einer derartigen Vermutung geht aber Wilde in BGB RGRK, 11. Aufl., Anm. 17, Anhang zu § 326, aus.

³ Zu dieser Interessenabwägung vgl. Lent, a.a.O., S. 844.

sehen.¹ Es ist zu wünschen, daß der Gesetzgeber hier durch eine ausdrückliche Regelung, wie sie etwa in § 52 der Vergleichsordnung für das Verfahren zur Abwendung des Konkurses getroffen ist, Klarheit schaffen wird.

H Gesamtergebnis

Die vorliegende Untersuchung hat folgendes ergeben:

I. Es ist zu unterscheiden zwischen Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit und nach Fälligkeit.

1. Die Erfüllungsverweigerung nach Fälligkeit ist auf dem Wege der teleologischen Reduktion des § 326 Abs. I zu lösen. Dies zeigen die Motive bei der Schaffung des Vertragslösungsrechts wegen Leistungsverzögerung, nach denen die Parteien zur Vermeidung weiterer Schäden bald die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit wiedererlangen sollen. Danach verbietet es sich, das Recht zur Lösung vom Primärleistungsverhältnis noch von sinnlosen Gläubigervermaßnahmen, die ihr gesetztes Ziel ohnehin nicht mehr erreichen können, abhängig zu machen. Der Umstand, daß der Gesetzgeber die Erfüllungsverweigerung bei § 326 nicht expressis verbis erfaßt hat, steht der Reduzierbarkeit dieser Vorschrift nicht entgegen, weil die Gründe hierfür in der besonderen Normsituation bei der Schaffung dieses Gesetzeswerkes und den zu überwindenden historischen Normvorstellungen zu sehen sind. Anknüpfungspunkt ist daher die schuldhaft e Leistungsverzögerung, bei der wegen der gleichzeitigen ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung ohne weitere Leistungsaufforderungen auf die Sekundärebene übergewechselt werden kann.

¹ vgl. dazu Lent, Festschrift Lehmann, S. 844; Jaeger-Lent, Konkursordnung Bd. I § 17 Rdn. 41 in Abänderung der Auffassung der 6./7. Aufl., § 17 Rdn. 43, wo der Anspruch noch unmittelbar aus § 26, S. 2 KO hergeleitet wurde. Diese Meinung war nicht haltbar, da die Vorschrift lediglich die Bedeutung der Negation eines Massenanspruchs hat, Lent, Festschrift, a.a.O.

2. Die Erfüllungsverweigerung vor Fälligkeit ist als positive Vertragsverletzung zu erfassen. Dabei ist der entscheidende Gesichtspunkt jedoch nicht die Weigerungserklärung und eine sich daraus ergebende Vertragszweckgefährdung, sondern die wegen des endgültig fehlenden Leistungswillens bereits vorliegende Vertragszweckvereitelung.

II.

Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung liegt vor, wenn der Schuldner die Erfüllung in so bestimmter Weise verweigert, daß diese Weigerungserklärung gewissermaßen als das letzte Wort des Schuldners aufzufassen ist und es vollständig ausgeschlossen erscheint, daß er seinen Entschluß ändern werde. Entscheidend ist die objektive Empfängerseite zum Zeitpunkt der Weigerung.

III.

Die Rechtsfolgen der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung sind den Verzugsvorschriften zu entnehmen mit der Besonderheit, daß dafür alle Gläubigerverfahren, die sich noch auf Erreichung des ursprünglichen Vertragszwecks richten, entbehrlich sind. Die Gestaltungswirkung des Fristablaufs bei § 326 Abs. I ist durch die entsprechende Erklärung des Gläubigers, auf die Sekundärrechte überzugehen, zu ersetzen.

Lebenslauf

Am 3.3.1948 wurde ich als Sohn des Polizeibeamten Gerhard Froberg und seiner Ehefrau Franziska, geborene Langewender, in Münster/Westf. geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Von 1954 - 1959 besuchte ich die Hl. Geist-Volksschule in Münster, von der ich dann auf das städtische Neusprachliche Wilhelm-Hittorf-Gymnasium überwechselte. Hier bestand ich am 24. Mai 1968 das Abitur. Mit dem Wintersemester 1968/1969 begann ich das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität. Dieses schloß ich am 26. April 1974 mit der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Oberlandesgericht Hamm ab. Nach dem anschließenden juristischen Vorbereitungsdienst im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm bestand ich am 30. Juni 1977 das zweite juristische Staatsexamen beim Justizminister des Landes Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf.

Seit Juli 1978 bin ich als Rechtsanwalt in Münster tätig.

